FORMICA

Il delitto do oltraggio al publico pudore

1907

**GIOVANNI FORMICA**
Giudice di Tribunale

# IL DELITTO
DI
# OLTRAGGIO AL PUBBLICO PUDORE

**(art. 338 e 339 cod. pen.)**

**MILANO**
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
*Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis, 54-55*
1907

# PUBBLICAZIONI VARIE

Andreis V. — *Esercizio arbitrario di ragioni* . . . L. 2 —
Andreotti A. — *Corpo di reato e confisca* . . . » 1 —
— *Camera di consiglio in materia penale* . . . » 2 —
— *Inamovibilità* . . . . . . . . . » 1 —
— *Azione penale* . . . . . . . . . » 2 —
Apicella G. — *La rivendita in danno* . . . » 3 —
Astuni D. — *Enti ecclesiastici* . . . . . . » 1 —
Barsotti A. — *La verificazione delle scritture nel processo civile* . . . . . . . . . . » 4 —
Baviera G. — *I feziali e il diritto feziale* . . . » 1 —
Belotti B. — *Le « campane »* Studio di diritto ecclesiastico . . . . . . . . . . » 1 —
Benini R. — *Importazione ed esportazione* . . » 1 —
Bertola E. — *Corruzione di pubblici ufficiali* . . » 1 —
Betocchi C. — *Apertura di credito* . . . . . » 2 —
Bianchini C. — *Riparazione pecuniaria* . . . » 1 —
— *Ricettazione* . . . . . . . . . » 1 —
Binda C. — *Missione della medicina legale* . . » 1 —
Bo F. — *Del procedimento in camera di consiglio.* Secondo il libro III, del Cod. di proc. civile . . » 6 —
Bogianchino T. — *Del rinvio nel diritto internazionale privato* . . . . . . . . . . » 1 —
Bottoni C. — *Credito fondiario* . . . . . . » 2 —
— *Credito agrario* . . . . . . . . » 2 —
Bozzoni R. — *Expilatae hereditatis crimen* . . » 1 —
Cantù G. M. — *Canti in pubblico* . . . . . » 1 —
— *Candidato* . . . . . . . . . . » 1 —
— *Frode al commercio* . . . . . . . » 2 —
— » *penale* . . . . . . . . . . » 2 —
Carboni G. — *Dell'esecuzione in materia penale* . » 4 —
Carletti T. — *Autore* . . . . . . . . » 1 —
Cavaglieri A. — *Frontiere* . . . . . . » 2 —
Cavaglieri G. — *Cassa comunale* . . . . . » 1 —
— *Rimpatrio di indigenti* . . . . . . . » 1 —
Cavagnari C. — *L'Emancipazione* . . . . . » 2 —
Cervi G. — *Revoca dei diritti reali* . . . . . » 1 —
Ciccaglione E. — *Del prestito a cambio marittimo* . » 2 —
Clerici O. — *Azione « aversi oneris »* . . . . » 1 —
Cognetti De Martiis R. - *La figura giuridica del Cancelliere* . . . . . . . . . . . » 3 —
— *L'interesse ad agire* . . . . . . . . » 1 —
Contuzzi F. P. — *Associazione della Croce Rossa* . » 2 —
— *La Convenzione di Ginevra del 22 agosto 1864 studiata nelle sue origini e nel suo sviluppo sino alla Convenzione dell'Aja del 29 luglio 1899* . . . » 2 —

# IL DELITTO DI OLTRAGGIO AL PUBBLICO PUDORE

GIOVANNI FORMICA
Giudice di Tribunale

# IL DELITTO
DI
# OLTRAGGIO AL PUBBLICO PUDORE

(art. 338 e 339 cod. pen.)

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
*Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis, 54-55*
1907

Forty
F

ESTRATTO DALLA

**Enciclopedia Giuridica Italiana**



Milano 1907 - Tip. Indipendenza Corso Indip., 23

INDICE-SOMMARIO

§ 2. — *Elementi obbiettivi.*

Sezione I. — *Atti offensivi del pudore.*



Sezione II. — b) *Pubblicità.*



§ 3. — *Elemento intenzionale.*

## BIBLIOGRAFIA.

Alimena, *I reati contro il pudore e i reati contro la natura nel diritto inglese*, *Giust. pen.*, I, pag. 489. — Andreotti Alfredo, *Il pudore codificato*, *Riv. di dir. pen.*, anno IV, pag. 166. — Carelli, *L'art. 339 e le esposizioni e pubblicazioni oscene*, *Scuola pos.*, 1891, pagina 447. — Chenneviére, *De la repression de l'outrage aux bonnes moeurs commis par la voie de la presse*, Lyon, 1892. — Criscuolo, *Il nudo è osceno?*, Taranto, Tipografia del commercio. — Dalloz, *Adtentat aux moeurs*, n. 10 e seg., 102 e seg. e *Presse-Outrage*, n. 628 e seg. — De Rubeis, *Oltraggio al pudore o ingiuria? Suppl. Riv. pen.*, I, pag. 112. — De Tilla, *Il pudore nel codice penale*, *Diritto e giurispr.*, XII, pagina 313. — Escobedo, *Sul reato d'oltraggio al pudore commesso col mezzo della stampa*, *Giust. pen.*, III, pagina 1. — Eyquem, *De la reprenson des outrages à la morale publique et aux bonnes moeurs ou de la pornographie*, Paris, 1905. — Gerloni, *Il pudore attraverso gli art. 338 e 339 cod. pen.*, Taranto, Leggieri. — Gismondi, *Ricerche intorno al delitto d'offesa al pubblico pudore*, *Foro pen.*, V, pag. 49. — Magri, *Oltraggio al pudore, o ingiuria, o violenza privata*, *Nuova scienza penale*, I, fasc. 2 e 3. — Mortara Aristo, *A proposito d'una recente decisione in tema d'oltraggio al pudore commesso a mezzo della stampa*, *Giust. pen.*, II, pag. 368 e *Giur. it.*, 1896, II, pag. 369. — Nourisson, *Etude sur la repression des outrages aux bonnes moeurs*, Paris, 1905. — Pappagallo, *Il dolo nel reato d'offesa al pudore pubblico*, *Suppl. Riv. pen.*, IX, pag. 146. — Ridola, *Oltraggio pubblico al pudore*, *Suppl. Riv. pen.*, VII, 351. — Simonetti, *L'oltraggio al pudore pubblico nella legge penale italiana*, Roma, Tipografia Elzeviriana, 1902. — Viazzi, *Pubblicazioni ed esposizioni oscene*, *Scuola pos.*, 1894, 52. — Vicini, *Oltraggio al pudore*, *Dig. it.*, vol. XVII, pag. 102 e seg.
— Vedere inoltre le numerose opere generali citate nel testo.

# CAPITOLO I.

## IL PUDORE E LA SUA TUTELA PENALE.

SOMMARIO.

**1. Generalità.**
**2. Natura, importanza biologica del sentimento del pudore.**
**3. Sua importanza etica.**
**4. Necessità della tutela penale.**
**5. Sua storia: Roma e medio evo.**
**6. Leggi rivoluzionarie francesi e codice Napoleone.**
**7. I codici successivi.**
**8. La distinzione tra oltraggio al pudore con atti e con pubblicazioni od esposizioni oscene.**

1. La storia del reato di oltraggio al pudore offre la prova più evidente di quel processo storico, lento ma continuo, che portò all'odierna completa separazione tra morale e diritto. Anzi si può affermare anche per i codici moderni che quel reato sta per molti punti ad attestare ancora l'antica fusione. Il pudore stesso, anzichè un diritto e quindi un oggetto degno della tutela penale, viene piuttosto ritenuto ed è un alto sentimento morale, anzi forse la più alta e squisita espressione etica, poichè la funzione sua si esercita nell'interesse della riproduzione e della conservazione della specie, scopo supremo di ogni dottrina morale. Quindi, mentre da un lato le leggi più progredite, distinguendo il peccato dal delitto, hanno smesso verso i colpevoli di offese al buon costume l'antica inu-

mana severità, ed hanno limitata la repressione a quegli atti che offendano non soltanto il buon costume, ma anche un diritto individuale o sociale; d'altro lato rimangono, sia in alcune leggi di popoli civili, sia sopratutto nella giurisprudenza e nella dottrina, traccie evidenti di quei notati stretti rapporti tra elemento etico ed elemento giuridico. La riprovazione popolare che colpisce tuttora i peccatori di carne, e che è di quei rapporti l'indice evidente, esercita pur essa la sua influenza, nè vi si seppero sottrarre le stesse dottrine positive, le quali, mentre sembra avrebbero dovuto trovare in questa materia, che tante attinenze ha cogli studi antropologici e sociologici, un vasto campo d'indagini, non seppero sinora esaminare delitto e delinquente, spogliandosi da quei preconcetti popolari, e giunsero anzi ad invocare severità e disposizioni penali che per comune consenso vennero eliminate dai codici più progrediti (1). Certo il legislatore deve con ogni mezzo, e quindi anche colla represssione penale, mirare ad impedire che si commettano pubblicamente atti offensivi del pudore, ma non deve dimenticare che in questa materia sopratutto la pena rivela l'inefficacia sua a prevenire il ripetersi di fatti, dovuti quasi sempre a condizioni disgraziate individuali o di ambiente.

Quindi accanto alla minaccia di pene s'impone l'adozione di un completo sistema di provvedimenti diretti a prevenire il delitto ed a curare i

(1) Così il Viazzi (*Sui reati sessuali*, pag. 74) deplora la eliminazione del reato di oltraggio al pudore privato dall'attuale codice. Egli poi, ed anche fino ad un certo punto il Pozzolini (*Dei delitti contro il buon costume* nel *Trattato* edito dal dott. F. Vallardi, vol. V, pag. 130 e seg.) sono partigiani delle teoriche più rigorose in tema di elemento intenzionale.

malati di mente, che troppo spesso si trovano accanto ai delinquenti. Ma la profilassi sociale del delitto contro il buon costume è tale argomento che non può essere trattato in poche linee, e che esorbita d'altronde dal campo strettamente giuridico, al quale deve essere limitata questa trattazione. Faremo però precedere una breve analisi del sentimento del pudore, considerandone specialmente l'importanza etica e sociale, perchè così non soltanto meglio risulterà la necessità di una tutela penale, ma ne riceveranno luce le varie quistioni giuridiche, che dovremo trattare.

**2.** Un'indagine scientifica sul sentimento del pudore non era possibile finchè gli studi psicologici movevano da basi spiritualiste o teologiche. Nè può ancora avere apportato molta luce l'indirizzo odierno positivo, che, iniziato da troppo breve tempo, ha dovuto rivolgere la sua attenzione dapprima ai fatti psicologici più semplici. Il pudore sta invece tra i fatti più complessi. A parte infatti l'uso non proprio, e pur frequente della parola, il quale fece dire recentemente ad un autore (1) che il pudore è meno un sentimento, che una forma particolare che tutti i sentimenti possono prendere; certo è che anche considerato come sentimento che « si accompagna alla rivelazione della sessualità » (2), l'impossibilità di osservarlo negli animali, la variabilità grandissima delle manifestazioni sue nell'uomo secondo le civiltà, l'educazione e le età, l'influenza poi di dottrine morali e sopratutto religiose, sono elementi tutti che, mentre da una parte condussero scrittori numerosi

(1) L. Dugas, *La pudeur, Revue philos.*, novembre 1903, citato dal Fanciulli, *L'individuo nei suoi rapporti sociali*, edit. Bocca, 1905, pag. 126, ottimo studio dal quale traggo le linee essenziali di questa esposizione.

(2) Fanciulli, op. cit., pag. 126.

a considerarlo come un sentimento acquisito e secondario (1) od anche come una creazione artificiale della civiltà (2), dall'altra rendono effettivamente difficilissima un'analisi scientifica. Generalmente si dimentica anche di definire ovvero si estende troppo il concetto, seguendo i significati che alla parola attribuisce il linguaggio figurato (3).

Per l'oggetto del presente studio il pudore deve essere inteso nel suo senso proprio, e quindi possiamo adottare la definizione datane da un acuto psicologo, il Fanciulli, nel suo recente citato studio: « Il pudore è, cioè, una tendenza diretta a nascondere tutto quello che più o meno si riferisce alla vita sessuale; ed anche un'emozione *sui generis* che si produce ogni volta questa tendenza trova un ostacolo » (4).

Ma com'è nata tale tendenza nell'uomo? È problema del più alto interesse, nel quale però non sono d'accordo gli psicologi che se ne occuparono. Lo Spencer, seguìto dal Sergi (5), fa nascere il pudore dall'uso, nato a sua volta per ragioni estetiche, di portar abiti e lo concepisce quindi come la trasformazione di un primitivo dolore *estetico* provato da chi era privo di abiti o ne vedeva altri privo. Il James (6), seguìto dal Ribot (7), spiega

(1) Garofalo, *Criminologia*, pag. 127; Mantegazza, *Fisiologia dell'amore*, pag. 53.

(2) Max Nordau, *Degenerazione;* Diderot lo disse una *chimera sociale* (*Supplément au voyage de Bougainville*).

(3) Fanfani, lo *Vocabolario*, definisce addirittura « l'avversione dell'animo a cose brutte e disoneste per paura di cadere in quelle ».

(4) Op cit., pag. 129.

(5) Sergi, *Piacere e dolore*, pag. 210 e seg.; Fanciulli, pag. 134.

(6) *Principii di psicologia*, trad. it., pag. 737.

(7) Ribot, *Psycologie des sentiments*, pag. 279; Fanciulli, op. cit., pag. 137.

invece l'origine col disprezzo che l'oscenità suscitò sempre, anche presso il selvaggio e quindi col desiderio di non essere simile ai disprezzati.

A parte le critiche speciali alle due accennate ipotesi, contro entrambe osserva giustamente il Fanciulli (1), che « riescono insufficienti ed inesatte », perchè non mettono in luce il fatto ultimo da spiegare, la vera base del pudore e cioè la sessualità.

Egli, dopo aver concepito il pudore come uno dei rami che s'innestano al grand'albero dell'istinto sessuale, nota come già negli animali esista per la femmina la tendenza a non gradire il maschio, il quale vince talvolta soltanto dopo prolungate lotte. Tale forza opposta dall'animale femmina all'impeto sessuale, che per ragioni di analogia un autore (2) chiamò *pudicité,* e che è nello stesso tempo uno stimolo ed un freno, esiste anche nell'uomo, ma in questi la « coscienza dell'io » è causa di profonde trasformazioni.

Contribuiscono vari fattori, ed anzitutto la riflessione sulla tendenza stessa e sul gran fenomeno dell'amore, che per il suo sorgere improvviso e straordinario desta nell' uomo impressione assai più grande di ogni altra funzione naturale. Concorrono poi altri elementi, e tra essi alcuni *naturali,* e cioè quello stato di pentimento o di depressione fisiologica, che segue l'atto genitale ed uno speciale disgusto estetico, destato dalla vista di certe parti del corpo per le basse funzioni fisiologiche cui sono pure destinate (3), ed altri *artificiali,* e cioè la supremazia del maschio ed il suo interesse per il mantenimento della tendenza, i

(1) Op. cit., pag. 138.

(2) K. Groos, *Les jeux des animaux,* Alcan, p. 294 e seg.; Fanciulli, op. cit., p. 140.

(3) Sergi, op. cit., pag. 211.

precetti della morale e della religione. Infine la selezione sessuale, l'ereditarietà e l'educazione sviluppano continuamente la tendenza ed il sentimento relativo, che oggi nei popoli più civili assume forme di una delicatezza infinita (1). Così il pudore, sentimento complesso nelle sue manifestazioni, appare anche come il prodotto di fattori complessi che si dipartono dal regno animale e vanno poi dalle più alte facoltà psicologiche agli istituti sociali più potenti, rimanendo però sempre ogni fattore legato al primo ed essenziale fondamento, la sessualità. Così, mentre la complessità dei fattori spiega la variabilità grandissima delle manifestazioni, la base sessuale sta a spiegare l'attenuarsi od il cessare del pudore in certe età, infanzia e vecchiaia, ed in persone nelle quali la funzione sessuale è manchevole o scomparsa. E se potrà qualificarsi sentimento acquisito, qualora per tale si voglia intendere ogni acquisto dell'umanità, si dovrà però riconoscere che è sentimento istintivo perchè fa ormai parte della natura umana e si manifesta senza alcuna partecipazione della volontà, ed è sentimento primario, sopratutto per la grande influenza che la funzione ha sulla moderazione dell'istinto sessuale e quindi sulla conservazione della specie. Perciò si spiega come la scienza moderna, pur ripudiando gli antichi anatemi dei teologi contro i peccati di carne, che esamina come fenomeni del più alto interesse sociale, riconosca l'alta importanza del pudore, designandolo anzi come uno dei principali fattori del progressivo miglioramento dell'umanità di fronte alle specie animali inferiori.

E Silvio Venturi, che le concezioni scientifiche rivestiva con forma poetica, potè quindi bene escla-

(1) Fanciulli, op. cit., pag. 148 e segg.

mare (1) che il pudore « specie di mistica inibizione, ravvolge d'un velo difensivo e attraente l'amore, ed è nello stesso tempo il moderatore dell'uso e l'attrattiva segreta che dell'esercizio di una funzione organica fa l'obbietto più elevato e più caro della vita. Egli è il sale che condisce l'amore e fa affettivo un bisogno del corpo, spiritualizza un rapporto sessuale, ed è arma negativa, la quale, circondando di artificiose difficoltà il conseguimento della vittoria amorosa fa gradita e gloriosa la vittoria medesima. Senza pudore l'amore è bisogno ed atto sessuale organico, ma forse non è più amore completo ».

**3.** Di fronte a così alta missione del sentimento, tutte le dottrine morali sentirono il dovere d'intervenire per proteggerlo e tutte ne annoverarono la conservazione fra le virtù. Sarà nella morale cattolica quell'orrore per il piacere sessuale, che eleva la vergine all'onore del culto; sarà all'opposto nelle morali epicuree la considerazione della sapiente moderazione dell'uso che rende il piacere più intenso; ma è certo che non v'è teorica morale che non onori il pudore. E se la morale si vorrà considerare, coll'illustre fondatore della scienza etica positiva moderna, come « il più completo adattamento di mezzi a fine » e uomo morale, colui « le cui funzioni sono tutte compiute in gradazioni convenevolmente adatte alle condizioni d'esistenza » (2), il pudore acquisterà per la sua funzione difensiva, conservatrice della vita e della specie, una grandissima importanza etica. Nè la variabilità grandissima delle forme sotto le quali si manifesta, può distruggere o diminuire tale importanza.

È veramente inconcepibile un pudore assoluto,

(1) Venturi, *Le degenerazioni psico-sessuali*, pag. 15.
(2) Spencer, *Basi della morale*, trad. it., pag. 92.

ma è pur inconcepibile una morale assoluta. La morale subì nella storia dell'umanità profonde, radicali trasformazioni e si può ben affermare che ciò che oggi chiamasi virtù, fu detto vizio in altri tempi ed il vizio d'oggi fu già una virtù.

Così è il pudore, che pur differenziandosi nelle forme, andò man mano affinandosi coll'evoluzione, e fu sempre considerato come uno dei più alti sentimenti morali.

**4.** Ma se il pudore è tanta parte dell'etica, da indurre il Vico a chiamarlo « il fondamento delle società umane » (1), la sola tutela morale era insufficiente e doveva intervenire la tutela sociale. Se infatti il pudore non è un diritto, ma un sentimento, la conservazione di questo sentimento è però un diritto per l'umana società, che nell'interesse stesso della sua esistenza deve provvedere alla difesa di tutte quelle tendenze, che sono necessarie per la conservazione dell'uomo, fra le quali il pudore tiene un posto eminente.

La legge penale non deve, è vero, invadere il campo della morale, e deve quindi intervenire soltanto quando sia offeso un diritto individuale o sociale. L'incontinenza quindi, fonte di danni gravissimi per l'individuo e per la sua discendenza, non può essere considerata come un reato, quando non viola alcun diritto, da leggi, che il rispetto della libertà individuale antepongono ad ogni altro scopo. Però allorquando i fatti che offendono il pudore si estrinsecano col carattere dell'ingiuria, della violenza, della frode o della pubblicità, il diritto violato esiste e quindi ben interviene il magistero punitivo (2).

---

(1) Vico, *Scienza nuova*.

(2) Questo punto, sul quale c'intratterremo ancora, è ben lumeggiato dalla *Relazione ministeriale al codice penale*, CXVIII.

La pubblicità, della quale soltanto ci occupiamo per gli effetti del presente studio, dà al fatto un'indefinita potenza di nuocere, offende un diritto sociale « il diritto che hanno tutti i cittadini che non si commettano oscenità in luogo pubblico » (1), dove tutti devono poter liberamente accedere senza esporsi ad offese al senso morale. Se si permettessero atti offensivi al pudore in luogo pubblico la società ritornerebbe ad uno stato primitivo, non soltanto selvaggio, ma animalesco. Le leggi di tutti i paesi civili sono quindi concordi nel punire tali offese, che sono anzi generalmente considerate delitti e non contravvenzioni, poichè violano effettivamente un diritto sociale.

Coi legislatori concordano generalmente gli scrittori, a qualsiasi scuola appartengano. Fra noi il Garofalo soltanto, dopo aver notato che per quanto riguarda il pudore pubblico la grande varietà dei costumi toglie che vi sia in questa materia nulla di costante e si può dire soltanto che una società incivilita non tollera lo spettacolo della nudità completa nè quello della unione pubblica dei sessi afferma che, anche in tal caso, si grida non al delitto, ma all'indecenza, perchè basta sia mutata una modalità, il *luogo*, perchè tutto rientri nell'ordine morale. Conclude che la coscienza pubblica non può vedere un delitto in ciò che non è se non una sconvenienza, ed anzi diventa tale solo per una circostanza esterna, la pubblicità, e che tali cose, qualunque sia il posto che occupino nel codice non siano da considerarsi che come contravvenzioni di polizia (2). Tale conclusione è una logica conseguenza della distinzione posta dal

(1) Carrara, *Programma*, parte speciale, § 2940, e nota, dove si cita anche Franck, *Philosophie du droit pénal*, pag. 140.

(2) Op. cit., pag. 37.

Garofalo tra delitto naturale e delitto legale o giuridico. Tale presupposto però non parmi conforme ad una positiva concezione del diritto.

La creazione dell'ente « delitto naturale » rammenta troppo per la stessa terminologia usata e per la definizione datane — l'offesa ai sentimenti profondi ed istintivi dell'uomo socievole (1) — i famosi ed inani tentativi di una scuola filosofica, ormai tramontata, quella del diritto naturale, che certo non potrebbe oggi aspirare al battesimo di scuola positiva. Più positivo su questo punto fu il Carrara, che nel delitto vide soltanto un ente politico, una creazione della legge positiva. Ma perchè poi, quando pur vogliasi ammettere per un momento la teorica del delitto naturale, il pudore non dovrà considerarsi come sentimento profondo ed istintivo dell'uomo socievole? Non mi pare siavi vera ragione di distinguere tra il pudore ed i sentimenti di *pietà* e di *probità,* soli sentimenti profondi ed istintivi dell'uomo socievole, secondo il Garofalo. La variabilità del costume non si riscontra soltanto in questa materia, ma, sebbene in grado minore, anche nei sentimenti di pietà e di probità. Non è poi esatto affermare che di fronte all'unione pubblica dei sessi si grida non al delitto ma all'indecenza. In realtà alla generalità degli uomini è da rimproverarsi invece un sentimento eccessivo di ripulsione, che i colpevoli di tali fatti destano ancora. Punire alla stessa stregua l'offensore del pubblico pudore e l'offensore della pubblica decenza sarebbe quindi ingiustizia non soltanto evidente, ma universalmente sentita.

La necessità della pena va del resto considerata in rapporto alle condizioni sociali del popolo, sul quale la legge penale deve estendere il suo impero,

(1) Op. cit., pag. 9.

ed oggi presso tutti i popoli civili il pudore, come abbiamo dimostrato, è sentimento istintivo, di primaria importanza ed universalmente inteso. La sua energica tutela penale costituisce perciò oggi una necessità sociale per tutti i popoli civili.

**5.** La storia delle penalità contro gli offensori del pudore pubblico segue del sentimento stesso le varie trasformazioni. Non era infatti possibile che in Grecia ed in Roma si pensasse ad infliggere pene contro coloro che commettevano in pubblico atti impudici, quando il compimento di tali atti in pubblico non soltanto non offendeva il senso morale dei cittadini, ma costituiva nei templi dedicati a Venere una forma di sacrificio religioso. Era tutta una concezione dei doveri inerenti alla sessualità diversa da quella che inaugurò poi il Cristianesimo e che le società moderne hanno ereditato dalla morale cristiana.

Il piacere sessuale era liberamente e pubblicamente ricercato, era il premio che le stesse religioni promettevano ai credenti. Un tale costume non era certo inconciliabile col culto del pudore individuale, concepito come arma di difesa e come eccitamento al piacere; ma contraddiceva assolutamente al concetto odierno di pubblico pudore. Quindi il diritto, che non giunse mai a punire le offese al pubblico pudore, punì però in Roma le offese al pudore individuale, considerate come *iniuria* arrecata all'individuo. L'attentato alla pudicizia fu adunque per il diritto romano un'*iniuria*, la quale poteva sussistere anche senza violenza, — *sine pulsatione* dice Pomponio (1) — ed era *atrox* se fosse stata recata ad un fanciullo ovvero in luogo pubblico, *in teatro vel in foro* (2).

Così la pubblicità che accompagna l'offesa già

(1) L. 9 pr., Dig. *De iniuriis*, 47, 10.
(2) *Ib.*, § 1.

compare come elemento del reato, ma non quale elemento costitutivo, essenziale per l'esistenza stessa del delitto, come nei codici moderni, bensì come semplice circostanza aggravatrice della pena. Ma se i giureconsulti romani non poterono assurgere alla concezione di un delitto sociale, già intuirono esattamente la natura obbiettiva e subbiettiva dell'attentato al pudore. Paolo allorquando insegnava: « adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicum fiat » (1) non faceva un inutile giro di parole (2), ma ben esprimeva quel pervertimento dell'anima innocente, che costituisce la vera natura della lesione arrecata all'individuo e vale anche a lumeggiare esattamente l'intenzione del colpevole.

Se il costume della società pagana romana non permetteva di assurgere al concetto di un'offesa arrecata all'intero corpo sociale dall'atto impudico compiuto pubblicamente, i principii della morale cristiana non mutarono però su questo punto le idee. Anzi si disse ben chiaramente dal primo legislatore cristiano, Costantino, che questi fatti erano indegni dell'attenzione del legislatore (3). Più tardi durante il lunghissimo periodo medievale non era possibile che di fronte alle forme infantili di vita sociale si svolgessero nuove forme di delitti sociali. Allora ed anche per i secoli successivi, fino alla Rivoluzione francese, delitto e peccato furono considerati sinonimi ed i peccati di carne divennero *delicta carnis*. E sotto questo nome si punirono tali numerose forme di offese al pudore da rendere inutile una disposizione speciale che contemplasse e punisse le offese al pudore pubblico. Il diritto penale, alleato alle imperanti dottrine

(1) L. 10, Dig. 47, 10.
(2) De Tilla, op. cit., pag. 12.
(3) L. 28 Cod. *Ad leg. Iul. de adulteriis*, IX, 9.

teologiche, mirava d'altronde a tutelare la divinità offesa dal piacere carnale, non a difendere la società da offese, che il costume non avvertiva ancora.

**6.** Occorre giungere ai tempi nostri per poter constatare il sorgere di un concetto di pudore pubblico. Ben osservò infatti un illustre psichiatra (1), che è lecito discutere se in questi ultimi secoli gli uomini siano divenuti più morali, ma certo essi sono divenuti più pudichi. Basti notare che tutti i sapienti sottintesi e le audacie licenziose del teatro moderno, od anche dell'arte tutta contemporanea, non possono neppure lontanamente essere paragonate alle oscenità palesi, volgari dell'arte e sopratutto del teatro cinquecentesco o secentesco. Di fronte a questo mutarsi del costume i legislatori, mentre quasi ovunque in omaggio ai principii di libertà individuale cessarono di perseguitare i delitti di carne, sorsero a tutelare energicamente il nuovo sentimento con minaccie di pene.

La prima origine delle disposizioni moderne sull'oltraggio al pudore si trova anzi generalmente in una legge del primo periodo della Rivoluzione francese, nella legge cioè del 19-22 luglio 1791. L'art. 8, tit. II di quella legge colpiva di pene: « ceux qui seraient prévenus d'avoir publiquement attenté aux moeurs, *par outrages à la pudeur des femmes*, par actions déshonnêtes, par exposition ou vente d'immages obscénes... ». Per la prima volta il concetto di pubblicità appare infatti come elemento essenziale in tema di reati contro il buon costume. Ciò però non basta per affermare che in quella legge appunto, se non interamente, almeno in embrione si trovino gli ele

(1) Krafft-Ebing, *Psicopatologia sessuale.*

menti del reato di oltraggio al pubblico pudore come vari autori affermano (1).

Infatti diverso era l'obbiettivo giuridico della legge del 1791 da quello delle leggi moderne. Quella legge cioè mirava soltanto a proteggere il pudore delle donne da ogni offesa e non a colpire le offese arrecate al diritto che la società tutta ha di vedere rispettate in pubblico le leggi del pudore. Aveva quindi non soltanto una portata più ristretta delle leggi penali precedenti, che colpivano i peccati tutti di carne, ma anche delle leggi moderne. Fu ben detto (2) che le leggi del 1791 esagerarono per effetto di una reazione, frequente nella legislazione di quell'epoca, quel movimento di eliminazione che tendeva a sottrarre alla repressione penale quegli atti che non potessero essere considerati come delitti contro la persona e contro la famiglia. Quindi quelle leggi si limitarono a punire l'*adtentat aux moeurs*, commesso con violenza sulla persona, ovvero senza violenza, ma pubblicamente ed in offesa di donne, la *corruption de ieunesse et le viol*. Non erano oggetto di pena nè l'adulterio, nè la bigamia, nè l'eccitamento alla corruzione, nè infine l'oltraggio pubblico al pudore.

Tutti questi titoli di reato compaiono col codice penale del 1810, nel cui art. 330 sta quindi la vera origine del titolo di oltraggio al pudore pubblico. La formula adottata dal legislatore francese: « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur, sera punie, ecc. », non era certo perfetta perchè la definizione del delitto era data soltanto dal titolo o *nomen juris* del delitto stesso. Tuttavia ed anzi appunto per la mancanza di una definizione precisa, il nuovo titolo di reato potè essere

(1) Pozzolini, op. cit., pag. 120; Pappagallo, op. cit., n. 15.

(2) Garraud, *Droit penal français*, t. 4, p. 432, n. 433.

oggetto di una profonda elaborazione dottrinale. Inoltre, quella formula concisa « outrage public à la pudeur » aveva indubbiamente il merito di porre in rilievo il carattere essenziale del delitto, e cioè l'offesa arrecata ad un diritto sociale, non ad un diritto individuale, quale ancor appariva nella legge del 1791. Infine dal codice francese del 1810 ripete la sua origine la distinzione tra il reato di oltraggio al pudore propriamente detto, commesso cioè con atti, ed il reato di offesa al pudore pubblico, commesso con esposizioni e pubblicazioni oscene.

Veramente il testo dell'art. 330 non è esplicito su questo punto, e letteralmente inteso potrebbe anche comprendere le due figure di reato, ma la distinzione sorgeva ugualmente nel codice napoleonico per l'esistenza di un altro articolo, il 287, che puniva « toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures, ou images contraires aux bonnes moeurs ». Anche questa era una disposizione imperfetta, perchè lasciava impunite numerose ed importanti forme di pubblicazioni, che vennero poi contemplate in Francia da due leggi successive (1); ma la distinzione affermata con quell'articolo rispondeva veramente ad una diversa gravità obbiettiva e subbiettiva dei due reati, e meritò quindi di essere accolta quasi generalmente dalla dottrina e dalle legislazioni penali successive.

**7.** Nonostante i suoi difetti il codice napoleonico segnò pertanto il principio di un nuovo sistema in materia di reati contro il pudore. Le sue disposizioni furono generalmente imitate dai codici penali, che vennero dopo il 1810 (2), ed anche furono copiate testualmente e tali rimangono an-

(1) Vedere oltre, n. 46.

(2) Cod. Due Sicilie, art. 345; cod. parmense, art. 366; cod. Albertino, art. 420; cod. toscano, art. 301, § 1.

cora in alcuni codici (1). Il compimento di atti osceni in pubblico venne presso tutte le nazioni civili vietato sotto minaccia di pene severe, mentre si cessò presso la gran maggioranza dei popoli moderni di considerare come delitti gli atti carnali contro natura, e cioè gli atti d'inversione o di perversione sessuale, non compiuti in luogo pubblico o con violenza verso le persone.

A quest'ultima tendenza delle legislazioni moderne, che portano così fino alle ultime conseguenze la separazione tra morale e diritto, si sottraggono soltanto le leggi dei popoli d'origine germanica (2) e la legislazione inglese (3). Però se dobbiamo tener conto delle rivelazioni che a tratti ci vengono dalla stampa di quei paesi, sarà facile dedurne che l'intento propostosi dal legislatore è completamente fallito, che la minaccia di una pena è assolutamente inefficace come mezzo di correzione del vizio, e che la pubblicità dei processi riesce infine assai più dannosa alla moralità pubblica dell'impunità dei colpevoli. D'altronde l'osservazione scientifica ha ormai dimostrato come non sempre di colpevoli si debba parlare e come anzi le perversioni sessuali siano quasi sempre indice di pro-

---

(1) Cod. belga, art. 385; cod. Neuchatel, art. 288.

(2) Il cod. pen. germanico punisce il delitto contro natura compiuto tra uomini (sodomia) e con animali (bestialità), § 175. Il cod. pen. ungherese ha disposizioni uguali (§ 241, 242). Il cod. pen. austriaco considera come attentato al pudore il coito contro natura (§ 127). Simili disposizioni si rinvengono in alcuni codici della Svizzera tedesca (Berna, § 162; Grigioni, § 21, ecc.).

(3) Il bill del 14 agosto 1885, approvato sotto l'impressione di scandalose rivelazioni della *Pall Mall Gazette*, comminò pene severe contro le offese al pudore (*gross indecency*) commesse tra uomini in pubblico o privatamente.

fonde anormalità psichiche (1), che certo non potranno essere guarite dal carcere o dalla minaccia di gravi pene. Il codice italiano segna su questo punto, come vedremo meglio in seguito, il progresso più completo, poichè punisce gli atti contro natura soltanto quando per effetto della violenza esercitata per commetterli su persona renuente ovvero per la pubblicità che ne accompagnò il compimento, vennero a ledere diritti individuali o sociali.

**8.** Anche la distinzione nata col codice francese tra oltraggio al pudore e pubblicazioni od esposizioni oscene, è ormai accolta dalla maggior parte delle legislazioni moderne. Confondono i due fatti in una sola figura di reato soltanto la legislazione austriaca (2), la zurighese (3) e l'inglese (4).

Tale generale consenso dimostra come la distinzione risponda ad una necessità universalmente sentita. Non si può senza evidente ingiustizia colpire colla stessa pena colui che offende con atti il pubblico pudore e colui che la stessa offesa arreca con pubblicazioni oscene. È ben vero che identica è l'obbiettività giuridica dei due reati, e cioè l'offesa arrecata al pubblico pudore, ma il pornografo arreca generalmente una quantità di danno minore e si dimostra meno pericoloso dell'individuo che commette in pubblico atti offensivi del pudore.

L'atto osceno colpisce vivamente i sensi, la fantasia del giovane o della donna, può costituire per costoro una rivelazione e produrre irreparabili per-

---

(1) Consultare in proposito Kraft-Ebing, *Psicopatologia sessuale.*

(2) Il cod. austriaco, § 516, considera alla stessa stregua i due fatti e li ritiene di natura contravvenzionale.

(3) § 123.

(4) Si può consultare in proposito Seymour F. Harris, *Principii di diritto e procedura penale*, pag. 90.

vertimenti. Lo scritto, l'immagine oscena colpiscono pure e forse più fortemente la fantasia ma in grado minore i sensi: arrecano un danno più largamente diffuso per la potenza d'espansione insita nella stampa, ma limitato pur sempre, non soltanto a coloro che sanno leggere, ma a persone che dei libri o dei disegni fanno ricerca, quindi un danno anche per costoro meno intenso. Inoltre il pornografo non è generalmente un individno sessualmente pervertito come colui che con atti offende il pubblico pudore, ed anzichè da un movente di natura sessuale è spinto ad agire ordinariamente da un fine di lucro. Alla minor gravità di danno e di dolo deve pertanto corrispondere una pena minore. Però se ciò vale a giustificare la creazione di due distinti reati, non basta poi per attribuir loro diversa natura ontologica (1). Il Carrara, che del resto si limitò ad esprimere timidamente un suo parere, ritenne bensì che le esposizioni, come i canti osceni, dovessero « essere piuttosto argomento di misure di polizia anzichè dichiararsi veri delitti » (2), ma non giunse ad affermare la diversa natura ontologica, nè forse avrebbe potuto farlo. Il reato contravvenzionale, che la scuola toscâna, allontanandosi dall'empirico criterio francese della penalità, fece consistere nella « violazione delle leggi che proteggono la prosperità, non il diritto » (3) non aveva ancora raggiunta la completa elaborazione, che fu possibile soltanto dopo che il codice italiano pose, quali basi della distinzione, precisi criteri obbiettivi e subbiettivi. Oggi sotto l'aspetto obbiettivo, secondo l'opinione accolta dal legislatore (4), il delitto consiste nella

(1) Così Pozzolini, op. cit., pag. 119 e 139.

(2) *Programma*, parte speciale, vol. VI, § 2956.

(3) Carrara, *Progr.*, 150; *Opuscoli*, III, 601.

(4) Impallomeni, *Il sistema generale delle contravven-*

« lesione attuale o potenziale, determinata, di un diritto specifico di pertinenza pubblica o privata », mentre la contravvenzione consiste in ogni fatto « la cui obbiettività giuridica sia costituita da una lesione potenziale indeterminata ».

Di fronte ad una tale nozione non v'è ragione di distinguere tra i due reati, che offendono entrambi un determinato e specifico diritto di pertinenza pubblica, il diritto cioè che la società ha di veder rispettato il pubblico pudore e debbono perciò collocarsi tra i delitti.

Nè si può affermare che le pubblicazioni ed esposizioni oscene cagionino soltanto un pericolo di danno. Così l'atto non visto, come il libro non letto, producono soltanto una lesione potenziale al diritto, ma, se si dovesse distinguere, si potrebbe osservare che l'atto non visto non conserva alcuna potenza di danneggiare, mentre il libro potrà sempre esser letto e conserva perciò sempre una indefinita possibilità di offendere il pudore. D'altronde oggi le arti figurative e letterarie hanno raggiunto tale efficacia di rappresentazione e comunicazione che una scena descritta e figurata può produrre sulla fantasia e sui sensi effetti, certo meno intensi, ma più duraturi della stessa realtà, e quindi come questa, arrecare al pudore gravissima offesa.

Ma, se anche non si vuol accettare l'opinione prevalente, che ravvisa nel delitto soltanto, la lesione giuridica, e si vuol allargare il concetto del reato contravvenzionale fino a comprendervi « tutte le infrazioni non soltanto a norme di carattere

---

*zioni, Riv. pen.*, vol. XXVIII, pag. 211; Lucchini, *Giustizia e polizia, Riv. pen.*, vol. XX, pag. 98; *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati*, vol. XXII, pag. 437. *Rel. min.*, n. XIV; Pietro Lanza, *Studi sulle contravvenzioni, Supp. Riv. pen.*, vol. IV, pag. 338 e segg.

preventivo, ma anche amministrativo o fiscale » (1), si dovrà però, come fece il Longhi, restringere tal concetto troppo largo, integrandolo coll'elemento soggettivo e quindi ritenere che contravvenzioni siano « tutte le infrazioni di norme di carattere preventivo, amministrativo o fiscale, che la legge punisce per la sola volontarietà dell'azione o dell'omissione che le costituisce ». Ora anche sotto quest'aspetto sarebbe ingiusto non iscrivere fra i delitti le pubblicazioni ed esposizioni oscene. Infatti qualora si ritenesse sufficiente, per incriminare, la semplice volontarietà della pubblicazione, si finirebbe coll'impedire anche l'opera dello scienziato, che le oscenità rivela, mirando soltanto ad ideali di verità.

Pertanto il codice nostro e quasi tutti i codici moderni ben fecero a collocare i due fatti tra i delitti, ed a tenerli distinti per riguardo alla diversa loro gravità. Seguendo il sistema del codice e dei principali trattatisti (2), divideremo quindi questa trattazione in due distinti capitoli, nel primo dei quali tratteremo dell'oltraggio al pudore con atti, detto anche propriamente e semplicemente, oltraggio al pudore, e nel secondo delle pubblicazioni ed esposizioni oscene.

---

(1) Longhi Silvio, *Criteri differenziali tra delitti e contravvenzioni nelle leggi speciali*, nota in *Giur. it.*, 1899, II, 289, ed inoltre in quest'opera voce *Contravvenzioni* (*Teoria generale delle*).

(2) S'allontana soltanto il Vicini che tratta assieme dei due reati, *Dig. ital.*, vol. XVII, pag. 102 e seg.

## CAPITOLO II.

### OLTRAGGIO AL PUDORE CON ATTI OD OLTRAGGIO AL PUBBLICO PUDORE PROPRIAMENTE DETTO.

### § 1.

### *Generalità: legislazione comparata e lavori preparatori.*

SOMMARIO.



**9.** Il titolo generico di oltraggio al pudore pubblico viene nella dottrina e nella pratica riservato per indicare in stretto senso il reato del quale ci occuperemo nel presente capitolo, il delitto costituito cioè da ogni atto offensivo del pudore commesso in luogo pubblico.

La denominazione, notevolmente modificata però (*outrage public à la pudeur*), appare, come abbiamo detto, per la prima volta nell'art. 330 del codice penale napoleonico.

Ma quell'articolo, come molti altri di quel codice, non poteva certo dirsi perfetto. La nozione stessa del delitto era data dalla ripetizione della sua denominazione giuridica ed era quindi abbandonata all'elaborazione scientifica e giurisprudenziale. Forse fu il desiderio di evitare specificazioni soverchie che indusse il legislatore francese ad

usare formule troppo laconiche in questa materia, nella quale le stesse pitture dei codici possono servire di fomite anzichè di freno al vizio. Ad ogni modo la ripetizione della denominazione giuridica era la negazione di un concetto preciso del reato e doveva ingenerare dubbi negli interpreti. Tali dubbi non erano neppur dissipati dai lavori preparatori, fra i quali era anzi sotto quest'aspetto notevole il rapporto Monseignat al Corpo legislativo (seduta 17 febbraio 1810), che confondeva i discorsi osceni cogli atti osceni, equiparando completamente « les expressions grossières, les attitudes déhontées et l'etalage de la corruption » (1).

Però la giurisprudenza e la dottrina francese ripudiarono presto tali concetti, ed ormai anche in Francia, ove la formula legislativa è rimasta identica, si fa consistere l'oltraggio al pudore contemplato dall'art. 330, soltanto in un *fatto materiale* (atto, attitudine o gesto, e non parole, scritti, disegni), *offensivo del pudore, pubblicamente commesso, senza necessità e volontariamente* (2).

L'art. 330 fu modificato dalla legge 13 maggio 1863, la quale elevò il massimo della pena restrittiva della libertà personale da un anno a due anni, ma la modificazione ebbe unicamente lo scopo di rendere possibile l'applicazione delle pene stabilite per la recidiva. Rimase l'espressione « oltraggio *pubblico al pudore* » che giustamente veniva già biasimata dal Carrara (3), perchè include un equivoco, la supposizione cioè che il fatto in sè stesso debba essere offensivo del pudore, mentre potrebbe anche intrinsecamente non offendere il pudore ed essere atto non soltanto

(1) Vedere in Dalloz, *Outrage à la pudeur*, n. 18.

(2) Garraud, op. cit., t. IV, n. 445; Chauveau et Hélie, *Théorie*, t. IV, n. 1512.

(3) *Progr.*, parte speciale, vol. VI, § 2942.

lecito ma imposto dalla morale, come la congiunzione carnale di due sposi, e costituire tuttavia offesa al pubblico pudore, concetto, come vedemmo, ben diverso da quello del pudore individuale.

Ciò è riconosciuto dalla stessa dottrina francese la quale ricorda in proposito le parole del Montesquieu, citate anche nel rapporto di Faure (1) e cioè che « le peines sont bien moins fondées sur la mechanceté que sur le mepris ou sur l'oublì de soi-même » (2).

**10.** Se il codice francese diede luogo a censure, non furono però sempre migliori i codici successivi, che dal francese presero l'idea del nuovo reato. Fra i codici italiani alcuni si limitarono a riprodurre quasi integralmente la disposizione contenuta nell'art. 330 del codice francese.

Così fece il codice parmense, che all'art. 566 punì qualunque *azione* (specificazione questa forse più precisa dell'elemento materiale di quella data dalla parola *atto) con cui si offenda* in pubblico l'altrui pudore od i buoni costumi.

Altri codici mantennero disposizioni, che non erano più in armonia coi nuovi criteri distintivi tra morale e diritto, e così il codice delle Due Sicilie colpì con una sola penalità ogni atto vergognoso od eccesso d'incontinenza ed ogni oltraggio al pudore pubblico (art. 345).

Altri infine confusero assieme e colpirono colla stessa pena fatti di gravità ben diversa, e così il regolamento gregoriano equiparò i *discorsi osceni* agli *atti, gesti* ed agli *scritti contrari alla decenza pubblica* (art. 184).

Ma venendo ai due codici, dai quali ripete più immediatamente la sua origine il nostro, troviamo pur sempre formule legislative, che si prestano

(1) *Exposé des motifs*, au livre III, tit. II.
(2) Garraud, op. cit., t. IV, n. 446.

alla censura. Il codice sardo, fedele imitatore in tutto del codice francese, non lo seguì su questo punto, tanto che il Carrara potè scrivere (1): « Meraviglioso è che il codice sardo dopo aver copiato il francese fino alla nausea in molte sue pessime disposizioni, se ne sia allontanato qui dove la legge di Francia era ottima ». Infatti il codice sardo sostituì all'elemento della pubblicità quello del pubblico scandalo e nel resto con formola poco diversa da quella francese, punì colla troppo mite pena del carcere, estensibile a sei mesi « chiunque offendesse l'altrui pudore od il buon costume in modo da eccitare il pubblico scandalo ». Punì inoltre col carcere estensibile a tre mesi l'oltraggio al pudore seguìto in privato quando vi fosse querela della parte offesa (2).

Contro la formula del pubblico scandalo furono mosse vivaci critiche (3). Si osservò che il concetto dello scandalo, troppo spesso in Italia trasportato dal chiostro nel foro, costituiva un criterio pericoloso ed incerto.

Infatti mentre da una parte la legge puniva le offese al pudore commesse in luogo privato alla pari di quelle commesse in luogo pubblico, poichè dalle une e dalle altre poteva nascere il pubblico scandalo, d'altra parte non colpiva tutte le offese al pudore commesse in luogo pubblico, giacchè per l'esistenza del reato richiedeva qualche cosa di più della pubblicità del luogo e della stessa presenza del pubblico, e cioè la possibilità del

(1) Vol. VI, § 2957.

(2) Art. 420, capov.

(3) Carrara, *Progr.*, parte speciale, § 1550 nota, § 2005, nota 2, e 2951 e segg.; Rel. min., pag. 224, ed. uff. Tuttavia esistono scrittori che vorrebbero anche oggi considerarla come essenziale per la sussistenza del reato, Vicini, op. cit., n. 23 e segg.; Ridola, op. cit., n. 2 e segg.

pubblico scandalo. La giurisprudenza in realtà corresse queste ultime esorbitanti conseguenze, che dalla lettera della legge era lecito trarre, ed anche in applicazione del codice sardo ritenne che nell'offesa al pudore commesso in luogo pubblico concorressero sempre gli estremi del delitto previsto dall'art. 420, « giacchè, si disse, nella pubblica via vi è sempre la possibilità di passaggio anche nelle ore notturne e la legge ha ravvisato l'estremo caratteristico del reato così nello scandalo realmente eccitato nel pubblico, come nella possibilità di eccitarlo per la maniera con cui il reato medesimo si è commesso » (1).

Il ragionamento poteva lasciar luogo a dubbi sotto l'aspetto di una corretta e semplice interpretazione della legge, ma suppliva certamente ad una lacuna della legge stessa e ad una necessità profondamente sentita di punizione di atti che non sono soltanto immorali. Ma la giurisprudenza non poteva eliminare del tutto e non eliminò l'inconveniente certo più grave, derivante dall'applicazione della legge penale ad atti soltanto immorali, che era conseguenza logica della formula del pubblico scandalo. Se a tali inconvenienti si aggiungono quelli pur gravi derivanti dall'aver fatto consistere l'obbiettivo del reato nell'*altrui* pudore anzichè nel *pubblico* pudore, e quelli gravissimi cagionati dalla mancanza di una determinazione anche approssimativa dell'elemento materiale (2)

(1) Cass. Roma, 6 giugno 1890, *Riv. pen.*, XXXII, pag. 149 e 30 giugno 1890, *Corte supr.*, vol. V, pag. 671.

(2) Infatti si ritenne talvolta che l'art. 420 contemplasse le offese al pudore sia che consistessero in *atti o fatti*, sia che consistessero in *parole e discorsi* (Cass. Roma, 12 genn. 1880, *Riv. pen.*, vol. XI, pag. 540) mentre altre volte si ritenne che sebbene le espressioni di detto articolo fossero generiche, tuttavia esso contemplasse i

e dell'elemento intenzionale (1) appariranno certo fondati gli appunti rivolti al legislatore sardo.

**11.** Non migliore fu però il codice toscano, il quale, dopo avere nella definizione ripetuto, come il codice francese la denominazione giuridica del reato, fece consistere la pubblicità così nel luogo come nello scandalo pubblico, dando in fondo origine agli stessi inconvenienti deplorati dal Carrara per il codice sardo, aggravati ancora dall'impossibilità logica di ridurre il concetto del pubblico scandalo a quello del luogo pubblico, trattandosi di due concetti contemplati dalla legge alternativamente. Infatti l'articolo 301 § 1 così disponeva:

« Chiunque fa oltraggio al pudore, commettendo in luogo pubblico, o con pubblico scandalo, atti impudici, che non cadano, secondo gli articoli precedenti di questo titolo, sotto una pena più grave, incorre nella carcere da un mese a due anni ».

La locuzione non era certo molto chiara, come parve a taluno (2), che, confrontandola con quella del codice italiano, sostenne che ambedue combaciano nella sostanza. Infatti un illustre commentatore di quel codice (3) potè sostenere che il riportato paragrafo colpisce anche le libidini contro natura, ed il Carrara (4) pur combattendo una tale interpretazione perchè « non *suffragata da alcun precedente legislativo* », dovette però riconoscere

soli oltraggi al pudore recati per mezzo di atti o fatti materiali (Cass. Palermo, 10 febbraio 1890). Vedere Pappagallo, *Il dolo nel reato di offesa al pud. pubbl., Supp. Riv. pen.*, 1901, n. 25.

(1) Vedere Pappagallo, ivi, n. 25.

(2) Pappagallo, *Il dolo*, ecc., *Suppl. dir. pen.*, vol. IX, fasc. IV, pag. 200, nota 4.

(3) Puccioni, *Il cod. pen. toscano ill.*, *Commenti all'art. 301.*

(4) Vol. VI, parte speciale, § 2954.

che l'equiparazione dello scandalo pubblico al luogo pubblico era censurabile (1).

Egli giustamente non ammetteva che lo scandalo potesse sostituirsi alla pubblicità del luogo per rendere punibili certe azioni che per loro natura non lo sarebbero. E rilevava come sarebbe fragrante ingiustizia far dipendere la punibilità di un fatto consumato, senza condizioni punibili, dall'operato di terzi, che accidentalmente informati di quel fatto lo andassero strombazzando e facessero così nascere quella indefinibile condizione del pubblico scandalo.

**12.** La formula del pubblico scandalo, che pure trovasi ancora in molti codici stranieri (2), appariva anche in alcuni dei primi progetti del codice italiano. Infatti il progetto della prima commissione presieduta dal Pisanelli (1868) aveva bensì sostituito all'elemento dello scandalo quello del luogo pubblico od esposto al pubblico (3), ma il successivo progetto Vigliani ritenne elemento più esatto e sicuro quello della possibilità dell'effetto, anzichè quello della qualità del luogo e ritornò alla formula del codice sardo (4), la quale venne anche riprodotta nel primo progetto Zanardelli (5).

Il secondo progetto Zanardelli rimise però in onore la formula adottata dalla prima commissione, che riprodusse quasi testualmente nell'art. 320, e cioè:

« Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli

(1) Ivi § 2951.

(2) Così nel codice dell'impero germanico § 183, nell'austriaco § 193, nell'ungherese § 249, nel danese § 185, e nei codici dei Cantoni svizzeri di Zurigo § 123, di Friburgo § 394, di Basilea § 98, di Unterwalden § 115, di Glaris § 80, Schwis § 93, Solenze § 107, e Canton Ticino § 246.

(3) Art. 261 e 262.

(4) Art. 337.

(5) Art. 296.

precedenti, fa oltraggio al pudore od al buon costume, con atti impudici od osceni, in luogo pubblico, è punito con la reclusione da quattro a trenta mesi ».

L'eliminazione del criterio del pubblico scandalo da questa e da altre disposizioni del progetto fu nella relazione ministeriale (1) spiegata, osservando che « è circostanza codesta, sul cui significato è possibile l'equivoco, sicchè dove eravi modo di sostituirla, se ne era evitata l'indicazione ». Infatti quella condizione rimase soltanto per le relazioni incestuose (2), per le quali veniva ad acquistare un più preciso significato, che il ministro spiegava osservando per la sussistenza di quell'estremo, richiedersi che « la turpissima tresca non sià più un mistero celato nell'intimità della famiglia, ma abbia acquistato obbrobriosa notorietà » (3).

La Commissione senatoria approvò la soppressione del criterio dello scandalo, che disse « troppo malleabile per non subire l'influenza di credenze soggettive o di apprezzamenti » (4) ed aggiunse che « la pubblicità assoluta o relativa del luogo basta a far presumere lo scandalo; esigere la prova di tale possibilità renderebbe difficile e complicata l'azione della giustizia, come lo è ogniqualvolta all'indagine intorno alla sussistenza di fatti determinati si sostituisce l'apprezzamento » (5).

La relazione ministeriale non illustrò maggiormente le disposizioni riflettenti l'oltraggio al pudore, sulle quali si limitò a queste brevi e non sempre esatte considerazioni:

---

(1) N. CXXVIII.
(2) Art. 319 del progetto (339 del testo definitivo).
(3) *Rel. min.*, ed. uff., n. CXXVIII, pag. 225.
(4) Rel. della Comm. Sen. all'art. 320, n. 1.
(5) Ivi.

« Gli ultimi due articoli di questo capitolo (320 e 321) sono intesi a reprimere ogni altra offesa al pudore ed al buon costume commessa con atti impudici od osceni in luogo pubblico od aperto al pubblico, ovvero con oscene scritture o disegni divulgati od esposti al pubblico od offerti in vendita. La difesa della pubblica decenza è oggetto di questa disposizione, avendo la società diritto di essere rispettata nel sentimento del pudore, nella sua dignità. La pubblicità è quindi la base essenziale dell'esistenza di questo delitto » (1).

Abbiamo dette non sempre esatte le riportate considerazioni, poichè infatti, affermandosi che la difesa della pubblica decenza era oggetto degli art. 320 e 321, si dimenticava dal relatore che le offese alla pubblica decenza erano già considerate come contravvenzioni e represse dall'art. 492 del progetto (art. 494 testo definitivo), e si veniva a confondere il pudore colla decenza, due termini distinti dal testo stesso della legge, recando così una fonte maggiore di dubbi, nella distinzione, già per sè sottile, tra delitto e contravvenzione.

**13.** L'articolo 320 del progetto non fu tema di particolari osservazioni avanti le Commissioni parlamentari, ma sono invece notevoli, e fonti preziose d'interpretazione, le discussioni avvenute in seno alla Commissione di revisione (2).

La sottocommissione aveva proposto un testo dell'articolo che portava il minimo della pena da quattro a tre mesi di reclusione (3), ed inoltre so-

(1) Rel. min. n. CXXVIII in fine, ed. uff., pag. 226.

(2) Verbale n. XXVIII, ed. uff., pag. 567.

(3) Su questa diminuzione, che passò nel testo definitivo, non diedero spiegazioni nè il Relatore della sottocommissione nè altri; ma evidentemente un minimo di tre mesi soddisfaceva meglio a certi casi, più degni di compatimento che di pena, e faceva inoltre

stituiva alle parole: « fa oltraggio al pudore ed al buon costume », l'espressione più semplice: « offende il pudore ». Il relatore Lucchini spiegava che ciò si era fatto « sia perchè era sembrata più esatta e chiara l'idea dell'offendere, sia perchè si era voluto evitare la ripetizione del *nomen juris* della rubrica ».

Tali concetti non diedero luogo ad osservazioni di sorta. Il commissario Arabia osservò soltanto che la frase poteva lasciar dubitare se si intendesse parlare dell'offesa al pubblico pudore ovvero al pudore di colui verso il quale l'atto fu commesso, ma tutti i Commissari furono d'accordo nel ritenere che dovesse intendersi nel primo senso e stimarono inutile l' aggiunzione dell'aggettivo « *pubblico* » per rendere più chiaro un concetto, evidentemente espresso dal testo.

Nel seguito della discussione si propose dai commissari Brusa e Puccioni di ristabilire le parole « buon costume », che la sottocommissione aveva proposto di sopprimere. Il relatore Lucchini spiegò che le parole erano state tolte, sembrando inutili, come relative ad idea compresa nella generica parola « pudore ». Aggiunse che l'espressione « offesa al buon costume » era d'altra parte menzionata nella rubrica del titolo ed il ripeterla qui, accanto alla parola « pudore », avrebbe quasi fatto credere che l'idea dell'offesa al pudore fosse qualche cosa di diverso e non preveduto affatto nel concetto che informava la rubrica stessa. La proposta Puccioni-Brusa venne tuttavia approvata con lieve maggioranza (voti sei su undici).

Più notevole è la discussione accesasi sull'opportunità di sopprimere gli aggettivi « osceni ed impudici » che nel progetto qualificavano gli atti

---

rientrare il reato nella competenza di rinvio del Pretore, (art. 252 cod. proc. pen.).

offensivi del pudore. Il commissario Nocito propose la soppressione dell'aggettivo «impudico», trovando troppo vago ed arbitrario il concetto dell'impudicizia, la quale non esprime quella petulanza che è propria dell'oscenità; ma, sebbene il Tolomei aderisse, osservando che l'articolo parlando di offesa al pudore con atti impudici, conteneva una inutile ripetizione; e sebbene il presidente Eula, pur non aderendo, osservasse che il pudore è un concetto relativo e convenzionale, la maggioranza aderì alle osservazioni del commissario Lucchini, il quale pel mantenimento dei due aggettivi notava che « nell'*osceno* non sarebbero compresi tutti gli atti che possono offendere il pudore e ciò che può parere eccessivo nell'idea dell'*impudico*, è corretto e limitato dall'apprezzamento di ciò che occorre perchè il pudore sia effettivamente offeso ». Quindi la proposta Nocito fu respinta con voti 7 su 12.

Ma devesi notare che, già durante la discussione della proposta Nocito, un commissario, il Costa, aveva osservato che sarebbe stato meglio sopprimere tanto l'aggettivo *osceno* quanto l'aggettivo *impudico*, perchè, lasciando solo il primo, il concetto sarebbe stato monco. L' oscenità, soggiungeva, esige, qualche cosa d'attivo, ma l'impudicizia può risultare anche da un atto puramente passivo, come sarebbe il contegno di chi si fa vedere nudo dalla finestra, e offende in tal modo il pubblico pudore. E dopo che fu respinta la proposta Nocito per la soppressione del solo aggettivo *impudico*, il commissario Puccioni proponeva egli pure di sopprimere i due aggettivi. Questa soppressione, accettata dal prof. Brusa e tacitamente dalla maggioranza, fu accolta nel testo definitivo dell'articolo proposto dalla commissione, che rimase quindi così formulato:

« Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli precedenti, offende con atti il pudore od il buon

costume, in luogo pubblico od esposto al pubblico, è punito con la reclusione da tre a trenta mesi ».

E l'articolo proposto passò senz'altre spiegazioni, e con una leggera modificazione di forma nell'articolo 338 del codice che è del seguente tenore: « Chiunque fuori dei casi indicati negli articoli precedenti, offende il pudore od il buon costume, con atti commessi in luogo pubblico od esposto al pubblico, è punito con la reclusione da tre a trenta mesi ».

Abbiamo esposto con una certa larghezza i lavori preparatori, sia perchè essi dànno molta luce nell'esame delle varie quistioni riflettenti l'articolo 338, e quindi ci basterà nella trattazione un semplice richiamo, sia perchè gli autori o li trascurano quasi completamente, ovvero non li espongono esattamente (1).

**14.** Il testo adottato dal legislatore nostro trova fra i codici stranieri la maggiore rassomiglianza nel codice olandese, che con formula più concisa punisce « la pubblica offesa al pudore » (2). Il codice olandese però equipara alla pubblica offesa al pudore, l'offesa al pudore, alla quale un'altra persona contro sua volontà fu presente (3), indicando con quell'espressione l'oltraggio al pudore privato represso dai precedenti codici sardo (4) e toscano (5). Oltre il codice olandese ed i codici, che ancora reprimono gli atti di libidine contro

(1) Basti citare il Pozzolini, che (op. cit., pag. 123) mentre tratta l'argomento con profondità ed esattezza di vedute, dà però come testo dell'articolo proposto dalla commissione quello proposto invece dalla sottocommissione e si meraviglia poi come la relazione al re non abbia spiegato le pretese modificazioni apportate al testo proposto dalla commissione.

(2) Art. 239, n. 1.

(3) Art. 239, n. 2.

(4) Art. 420 capov.

(5) Art. 301, § 2.

natura, anche gli altri numerosi che mantengono la formula del pubblico scandalo (1) vengono in fondo a punire, ma aggiungendovi la condizione dello scandalo, l'oltraggio al pudore privato.

Tale titolo di reato, che non appariva nel codice francese, venne eliminato dal codice italiano. Già la relazione ministeriale aveva dichiarato che in tema di reati contro il buon costume il legislatore non doveva invadere il campo della morale, e quindi che il progetto non colpiva indistintamente tutti i fatti che offendono il buon costume, ma soltanto quelli che si estrinsecano coi caratteri della violenza, dell'ingiuria, della frode e dello scandalo; la repressione dei quali è più vivamente reclamata nell'interesse sociale (2). Tali considerazioni valevano non solo a spiegare il silenzio circa le libidini contro natura, ma anche la soppressione dell'oltraggio al pudore commesso in privato. La relazione senatoria (3) accennò esplicitamente all'eliminazione, e la approvò, rilevando come l'esperienza avesse dimostrato indiscreta ed eccessiva l'indagine intorno a fatti, che recano per se stessi minor danno di quello che non rechi la pubblicità del giudizio e come, risolvendosi la querela in uno strumento di vendetta e di speculazione, si rendesse manifesta la convenienza di evitare processi per sè stessi pregiudizievoli alla moralità pubblica. Tuttavia l'on. Spirito propose d'incriminare ancora l'oltraggio privato al pudore, ma la sotto-commissione di revisione per mezzo del suo relatore Lucchini dichiarò di non poter accettare la proposta « per i gravi pericoli e le odiose inquisizioni a cui darebbe luogo tale ipotesi penale » (4). Così l'oltrag-

(1) Vedere n. 12 principio.
(2) Pag. 213, ed. uff.
(3) Sull'art. 320.
(4) Verbale n. XXVIII, ed. uff., pag. 567.

gio privato al pudore scomparve definitivamente dal codice.

**15.** Venendo all'esame dell'oltraggio al pubblico pudore, quale trovasi configurato nel codice nostro dobbiamo subito notare come la formula adottata abbia ben posto in rilievo il carattere di titolo *supplementare* del reato, sul quale già insisteva il Carrara (1). Soltanto « fuori dei casi indicati negli articoli precedenti » si applicano le disposizioni dell'art. 338.

Infatti chi pubblicamente commette violenze carnali, atti di libidine violenti, ovvero corruzione di minorenni, offende nello stesso tempo il diritto dell'individuo verso cui gli atti sono diretti, ed il diritto della società a che sia rispettato il pubblico pudore.

La duplice offesa di diritti individuali e sociali esige in tali casi una più energica tutela penale, la quale si rivela così nella misura della pena, come nella procedibilità dell'azione penale, non più vincolata di fronte alla pubblicità, alla necessità della querela di parte (art. 336, n. 2).

Quindi se anche la legge avesse taciuto, si sarebbe pur sempre dovuto applicare l'art. 78 cod. pen. il quale punisce colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave. Colui che in pubblico commette violenza carnale, atti di libidine violenti, ovvero corruzione di minorenni, viola contemporaneamente gli art. 331 o 333, 335 e l'art. 338; ma, poichè più gravi sono le pene comminate dai primi articoli, egli, secondo l'art. 78, dovrebbe essere punito secondo quelle disposizioni.

Tuttavia l'art. 78 è fonte di gravi dubbi nella pratica, sopratutto perchè, come notava il relatore

(1) Vol. VI, § 2943.

della Camera (1), l'*unità di pena* dipende dall'*unità di fatto,* dall'unità cioè di effetto reale criminoso conseguito e non dall'*unità di azione soggettiva.* Nel caso speciale di fronte alla duplice violazione di diritti di specie assolutamente diversa, individuale cioè e sociale, di fronte alla possibilità che l' intenzione dell'agente mirasse appunto all'una ed all'altra violazione, e che quindi si potesse dubitare se all'unica azione corrispondesse un unico fatto, ovvero due fatti distinti, e quindi due reati, fu bene che la legge chiarisse ogni possibile dubbio e ponesse così in rilievo il carattere essenziale del delitto, al quale, come notava il Carrara (2) « non si ricorre se non appunto in quei casi nei quali il fatto principale non sarebbe *in sè stesso* punibile e lo diviene unicamente in ragione del luogo ».

Del carattere supplementare del reato di oltraggio al pudore fa quotidiane applicazioni la giurisprudenza (3). Escluso infatti, a seguito di indagini, per difetto di violenza il titolo di violenza carnale o di atti di libidine violenti, rimane pur sempre, se il fatto per cui si procede fu commesso in luogo pubblico, il titolo di oltraggio al pudore, ed anzi può ben succedere ed avviene con una certa frequenza in tema di violenza carnale, dove le querele sono soventi strumento di speculazione, che la parte querelante veda cadere non soltanto il mal architettato edificio dell'accusa, ma si trovi a sedere col querelato sullo stesso banco, imputata

(1) Rel. Camera deputati, n. XCVIII. Vedere anche Impallomeni, *Concorrenza reale e concorrenza formale,* Catania, 1884, pag. 2, *Omicidio,* n. 65 e segg.

(2) § 2943.

(3) Cass. Roma, 9 agosto 1902, *Riv. pen.*, LVII, 64; Cass. 15 settembre 1906, *Giust. pen.*, 1906, col. 1529, n. 822.

pur essa di oltraggio al pudore pubblico. Così il carattere supplementare del reato viene a soddisfare ad un'alta funzione moralizzatrice.

Nè alla perseguibilità può essere d'ostacolo la mancata contestazione di quel reato e del relativo art. 338 nell'atto di citazione. La legge richiede soltanto nella citazione « l'esposizione in succinto del fatto imputato e l'indicazione dell'articolo di cui si chiede l'applicazione » (1), ma non vieta al giudice di applicare poi un articolo diverso, specialmente un articolo che, importando pena minore, non muta ed anzi migliora le condizioni dell'imputato. Fu quindi appunto in questo tema giustamente affermato che nessuna disposizione vieta al giudice di mutare la figura giuridica del fatto imputato, quando, venuto a mancare un elemento costitutivo di esso, rimangono nel fatto accertato gli elementi di un altro reato, e quando il fatto stesso risulta contestato nell'ordinanza di rinvio e nella citazione (2).

**16.** Altra applicazione del carattere supplementare del reato si ha nel caso di matrimonio susseguente alla violenza carnale commessa in luogo pubblico. La giurisprudenza, che prima sosteneva l'inapplicabilità in tal caso dell'esenzione da pena stabilita dall'art. 352, propende invece ora per la tesi opposta (3). Ma se l'esenzione dalla pena stabilita per la violenza carnale s'impone, sia per la completa riparazione dell'offesa al diritto individuale che è conseguenza del matrimonio, sia per l'interesse sociale di riunire in famiglia legale due esseri divisi dal delitto, sia infine perchè la corretta interpretazione dell'art. 352 non importa

(1) Art. 332, n. 4, cod. proc. pen.

(2) Cass., 7 marzo 1904, *Cass. Un.*, 1904, col. 670.

(3) Cass., 26 gennaio 1905, *Giust. pen.*, 1905, col 464, e 14 giugno 1905, *Giust. pen.*, 1905, col. 1577.

alcuna eccezione pel caso speciale; non esiste però alcuna ragione per lasciar impunita l'offesa al diritto sociale, al pubblico pudore, che è conseguenza dell'atto osceno compiuto in luogo pubblico. Il matrimonio non vale certo a riparare l'offesa al pubblico pudore, la quale sussisterebbe anche quando la congiunzione carnale si compisse in luogo pubblico dall'uomo e dalla donna già congiunti in legittimo matrimonio. Nè vale il dire che « il matrimonio è tale forma di riparazione pubblica e completa che, se direttamente elimina la offesa alla persona, almeno indirettamente cancella anche quella al buon costume, che in fondo, costituendo circostanza puramente accessoria, è assorbita dall'altra più grave » (1).

Infatti, se la teorica dell'assorbimento del reato meno grave nel reato più grave fu dal legislatore nostro accettata allorquando un medesimo fatto viola due diverse disposizioni di legge, essa non può più invocarsi quando per un motivo qualsiasi la violazione della disposizione di legge, che commina la pena più grave, viene a mancare ovvero deve rimanere impunita. Allora rimane un fatto unico che viola un'unica disposizione di legge, alla quale quindi non si possono applicare le norme sul concorso formale, che suppone unità di fatto generante pluralità d'infrazioni. Tale è il caso della violenza carnale commessa in luogo pubblico, fatto che viola due diverse disposizioni di legge, che dà vita ad un tempo ai reati di violenza carnale e di oltraggio al pubblico pudore, previsti rispettivamente dagli art. 331 e 338 del cod. pen., e che deve essere punito ai termini dell'art. 331,

(1) Citata sentenza 26 gennaio 1905. Le osservazioni che seguono sono riportate in gran parte da una nota che a detta sentenza pubblicai nella *Scuola positiva*, Roma 1906, fasc. 1.

comminante la pena più grave. Il matrimonio tra il colpevole e la vittima del reato viene a cancellare per disposizione di legge l'offesa individuale, rende non punibile la violenza carnale, come dimostrò la sentenza annotata, alle cui esatte considerazioni su questo punto aderiamo. Ma, eliminata la violazione dell'art. 331, rimane sempre un fatto che viola ora un' unica disposizione di legge, quella dell'art. 338, sulla quale l'avvenuto matrimonio non può spiegare alcuna influenza. Sostenere l'impunità anche per questo titolo di reato non si può senza violare le norme che reggono il concorso formale di reati e la procedibilità per il delitto di oltraggio al pubblico pudore. L'interesse della società di riunire in famiglia legale due esseri, divisi dal delitto d'amore, può ben invocarsi, come lo invocò la sentenza accennata, per escludere il delitto di violenza carnale, ma deve cedere di fronte ad un altro interesse sociale prevalente, di fronte cioè al diritto che la società ha di veder rispettato il pubblico pudore. Altrimenti si verrebbe a porre in miglior condizione colui, che in pubblico arreca la suprema offesa alla donna che poi farà sua, di fronte allo sposo che in un momento d'abbandono dei sensi, erige, per usare la frase del Carrara, il talamo coniugale sulla pubblica via, poichè per il primo il matrimonio successivo costituirebbe ragione d'impunità, mentre pel secondo il matrimonio già avvenuto non lo salverebbe dall'applicazione, del resto giustissima, dell'art. 338 del cod. pen. In conclusione, portando la teorica alle sue ultime logiche conseguenze, si verrebbe ad ammettere quasi il diritto dell'uomo di violare sulla pubblica via la donna che poi sposerà.

Di fronte a tali gravi conseguenze della proposta dottrina, invano si afferma che il legislatore volle dare a tal forma di perdono un'eccezionale im-

portanza, ponendo l'interesse della famiglia al di sopra dell'interesse della giustizia (1). La verità è che il legislatore ha semplicemente stabilita la esenzione da pena per il colpevole di violenza carnale, che contragga matrimonio con la persona offesa, ma non ha ammesso, neppure tacitamente, alcuna eccezione nè alle norme che regolano il concorso di reati, nè al carattere di titolo *supplementare* attribuito dall'art. 338 al delitto di oltraggio al pudore pubblico.

È ben vero che il carattere supplementare del reato venne addotto in questa controversia per giungere all'opposta conclusione (2). Si è detto cioè che, se le parole dell'art. 338 « fuori dei casi indicati negli articoli precedenti » volessero significare « che l'art. 338 è applicabile solo quando il reato non sia punibile con qualcuna delle disposizioni penali indicate negli articoli precedenti e nelle quali si riscontri una maggior pena » le parole stesse non avrebbero alcun significato. Veramente lo stesso Vicini, al quale appartiene l'obbiezione, sostiene che quelle parole non sono che un'applicazione della regola generale sancita dall'art. 78 del codice. Il legislatore però ha voluto porre bene in chiaro che, l'art. 338 si applica soltanto in quei casi nei quali il fatto non sarebbe in sè stesso punibile e lo diventa soltanto in ragione del luogo. Ora è ben vero che la violenza carnale è repressa dall'art. 331, ma dal momento che l'avvenuto matrimonio esime il colpevole dalla pena comminata da quell'articolo, è proprio il caso di affermare che il fatto non è più in se stesso punibile, e che lo diventa soltanto in ragione del luogo. Così il carattere supplementare acquista

(1) Pozzolini, op. cit., pag. 275.

(2) Vicini, *Oltraggio al pudore,* in *Dig. it.*, vol XVII, pag. 145, n. 82 in relazione al n. 19.

un senso logico e soddisfa alle necessità imperiose della repressione sociale, riconosciute dallo stesso sostenitore dell'opinione contraria, che invoca una disposizione di legge, la quale stabilisca che nei casi di esenzione da pena determinati dall'art. 352 si debba applicare l'art. 338 quando il fatto sia commesso in luogo pubblico od aperto al pubblico.

Tale disposizione è inutile di fronte all'interpretazione data al carattere supplementare del reato ma quand'anche gli si volesse far compiere soltanto la funzione che già compie l'art. 78, si dovrebbe pur sempre venire alla stessa conclusione, perchè il fatto, violenza carnale, che all'inizio violava due disposizioni di legge, in seguito per l'avvenuto matrimonio non viola più l'art. 331, ma soltanto l'art. 338 e non v'è alcuna ragione perchè questa unica disposizione di legge violata non si debba applicare.

In applicazione del carattere supplementare del reato si sostenne anche dal Tuozzi (1) che nel concorso di corruzione di minorenni e di oltraggio al pudore, quando cioè gli atti di libidine corruttori del minorenne siano commessi in luogo pubblico, si debba applicare l'art. 338, che, a suo parere, importerebbe una pena più grave. Tale opinione pare anche a noi inaccettabile, come già parve al Vicini (2), e non soltanto per la principale ragione da questi addotta, e cioè l'interpretazione data al carattere supplementare del reato, ma anche perchè l'art. 335, se ha un minimo di pena restrittiva della libertà personale assai inferiore a quello comminato dal 338 (3 giorni anzichè 3 mesi), vi aggiunge però 500 lire di multa, ed ha poi un massimo superiore, perchè ad una egual durata massima della reclusione (30 mesi)

(1) *I delitti contro il buon costume*, ecc., p. 251-252.
(2) Vicini, *Oltraggio al pudore*, n. 19.

aggiunge la multa in lire 1500. Inoltre, come giustamente nota il Vicini, l'art. 336, n. 2, prevede già anche per il reato di corruzione l'estremo della pubblicità, rendendo il reato di azione pubblica.

**17.** Come per tutti i delitti, è necessario per la sussistenza del delitto di oltraggio al pudore pubblico, la concorrenza di elementi obbiettivi o materiali e dell'elemento subiettivo od intenzionale. Divideremo quindi la trattazione in due parti, che dedicheremo ai due distinti elementi. Si preferisce da qualche autore (1) trattare dell'elemento intenzionale a proposito dei vari elementi obbiettivi. Ora certamente il dolo deve sussistere in relazione agli elementi tutti materiali del reato, ma scinderne perciò lo studio in questo tema, nel quale, come vedremo, la quistione del dolo ha la massima importanza pratica, significa deviare dall'abituale ordine di trattazione, precisamente là dove si presenta più logico seguirlo rigorosamente.

## § 2.

## *Elementi obbiettivi.*

### SEZIONE I.

### *Atti offensivi del pudore.*

SOMMARIO.



(1) Pozzolini, op. cit., §§ 6 e 8, sez. V.

**18.** Secondo l'art. 338 del codice l'oltraggio al pubblico pudore consiste nell' « offesa al pudore od al buon costume con atti commessi in luogo pubblico od esposto al pubblico ».

Due sono quindi gli elementi obbiettivi necessarii per la sussistenza del delitto, e cioè:

1.° compimento di atti offensivi del pudore;

2.° pubblicità.

1.° *Atti offensivi del pudore o del buon costume.* — Il carattere di questo primo elemento materiale del reato è bene espresso dalla locuzione *atto sessuale* (1).

L'offesa al pudore deve cioè consistere in un atto che direttamente aggredisca questo universale sentimento etico, il quale ha, come vedemmo, tanta influenza sulla conservazione e sul miglioramento della specie (2). Ora l'offesa non si può arrecare che con un atto il quale sia una rivelazione di quella vita sessuale, che la morale delle società civili moderne vuole si svolga nel mistero.

La specificazione degli atti offensivi del pudore, proposta dal progetto 1887 e dalla sotto-commissione, e cioè *atti impudici ed osceni* può valere come illustrazione della legge, poichè appunto l'atto sessuale può costituire semplice *impudicizia* o per successivi gradi assumere la forma di vera *oscenità,* intesa come la più grave fra le aggressioni al sentimento del pudore.

Però le stesse osservazioni del prof. Lucchini valgono a persuadere come ben abbia fatto il legislatore ad eliminare ogni aggettivo in questa materia, dove è così pericoloso definire, e dove, come lo stesso Lucchini notava, mentre l'aggettivo *osceno* non comprende tutti gli atti offensivi del

(1) È l'espressione adottata dal Pozzolini, op. cit., pag. 124.

(2) Sopra n. 2.

pudore, l'aggettivo *impudico* ne comprende troppi (e quindi anche gli osceni) ed aveva bisogno di essere limitato dalla necessità dell'offesa al pudore.

**19.** E forse una formula anche più sintetica, come ad esempio: « chiunque offende con atti il pudore », sarebbe stata anche migliore ed avrebbe evitate inutili discussioni che col nostro art. 338 si fanno.

Tale è la distinzione tra pudore e buon costume, che emerge dal testo dell'articolo, ma della quale in realtà è difficile trovare una spiegazione soddisfacente. Nè il proponente prof. Brusa, nè alcuno dei commissari la spiegò ed anzi nessuno ribattè le giuste osservazioni fatte dal prof. Lucchini in appoggio alla proposta della sotto-commissione, che limitava l'offesa al solo pudore.

Ed in verità poichè per un'evoluzione del linguaggio, che si spiega coll'influenza dell'idea cristiana sulla morale, l'espressione *buon costume*, anzichè costume buono e morale, come originariamente e logicamente doveva significare, e come significava l'analoga locuzione romana *boni mores*, significa oggi soltanto costume pudico o continente, non v'è seria ragione per distinguere.

Tuttavia di fronte al testo della legge, imponendosi oggi all'interprete l'obbligo di distinguere, un criterio di distinzione può essere dato dal significato proprio delle due parole. Ora poichè il pudore propriamente è un sentimento individuale, mentre il buon costume è il rispetto da parte della società di questo sentimento e l'osservanza della virtù che ne è la conseguenza, ne deriverà che offenderanno il pudore gli atti diretti contro una persona determinata; mentre costituiranno più propriamente offesa al buon costume gli atti diretti soltanto contro il sentimento generale in tema di costumi sessuali, e che per il loro obbiettivo ideo-

logico non mirano ad offendere una persona determinata (1).

Altri (2) ha dato del buon costume un concetto più largo, comprendendovi tutte le leggi morali della continenza e della pudicizia. Certamente la locuzione ha nell'uso comune un significato largo, ma se lo si dovesse accettare, si dovrebbe trasformare l'oltraggio al pudore in oltraggio contro la moralità in tema di costumi sessuali. Il titolo del reato non corrisponderebbe allora alle disposizioni contenute, nè queste alla natura e finalità della legge, mentre la soluzione adottata non soltanto soddisfa alle necessità di una giusta interpretazione, ma si adatta anche al significato più esatto dell'espressione *buon costume*.

**20**. A parte tale lieve menda, la formula usata dal codice ha certamente il merito di porre bene in rilievo i caratteri dell'elemento obbiettivo, che andiamo esaminando, cioè dell'atto sessuale. Ed

(1) Così intende il Garraud le analoghe espressioni francesi *outrage à la pudeur et aux bonnes moeurs* (*Droit penal français*, t. IV, pag. 450). Così anche il Viazzi, *Sui reati sessuali*, p. 63, che però loda la locuzione usata dal legislatore, perchè serve ad una più sana interpretazione della legge, stando ad indicare le due vie per le quali può verificarsi la lesione al diritto che si voleva tutelare.

(2) Vicini, n. 1 e 21, il quale però, a quanto pare, è caduto in equivoco, ritenendo che il codice abbia abbandonato la formula del codice sardo « chiunque offende il pudore o il buon costume » mentre la proposta Lucchini di abbandonarla non fu accettata e nel testo in vigore si legge la stessa formula. Pertanto la difesa, che egli fa dell'opera del legislatore per avere, a suo parere giustamente, omesso l'espressione *buon costume*, in questo delitto, nel quale è offeso soltanto il pudore, si converte in una giusta critica all'opera legislativa, quale veramente è. Vedere anche Calogero Costanzo, op. cit., pag. 1118 e segg.

anzitutto deve trattarsi di un *atto*, termine generale che sta ad indicare sia un'azione effettiva, come il congiungimento carnale, sia anche soltanto un gesto od un'attitudine.

Per il comune suo significato l'atto si contrappone poi così alla parola, come allo scritto. Vale quindi la locuzione usata dal codice ad escludere esplicitamente dalle sanzioni dell'art. 338 le parole per le quali provvede l'art. 490, e gli scritti pei quali provvede l'articolo successivo.

Non è possibile poi dare una definizione precisa dell'atto lesivo del pudore e ben fece quindi il codice a non darne alcuna. L'evoluzione continua di questo sentimento e la grande varietà degli atti che sono connessi al soddisfacimento del piacere sessuale, impediscono di comprenderli in una formula migliore di quella accennata, e cioè atti che siano una manifestazione della vita sessuale. Nel bisogno universalmente sentito di coprire di un velo tali manifestazioni sta appunto il sentimento del pubblico pudore.

**21.** L'elemento obbiettivo del delitto vale già a dare un primo criterio distintivo tra il delitto stesso e la contravvenzione di cui all'art. 490. L'art. 338 punisce gli atti che offendono il pudore, mentre l'art. 490 punisce gli atti contrari alla decenza. Il pudore è, come vedemmo, la tendenza universalmente sentita di nascondere quanto si riferisce alla vita sessuale. La decenza è invece un complesso di regole che le convenienze sociali impongono all'individuo per ragioni estetiche e morali, così nel vestire come nel contegno, negli atti e nelle parole, in determinati luoghi e tempi. Quindi se variabili sono le leggi del pudore, variabilissime sono quelle della decenza. Uno stesso atto può essere prescritto dalle convenienze sociali in un determinato luogo e momento, mentre in altri luoghi e tempi può costituire offesa alla de-

cenza. Tale sarebbbe il vestire scollato delle signore, non soltanto lecito ma prescritto in certi balli o serate, mentre di pieno giorno e nelle pubbliche vie verrebbe generalmente considerato indecente.

Le identiche basi estetiche e morali stanno però ad attestare l'identica origine e l'intima connessione fra pudore e decenza, che fu perciò detta felicemente « il vestibolo del pudore » (1). Non è quindi possibile stabilire una linea netta di demarcazione. Anzi, come già abbiamo accennato, vi sono atti che hanno obbiettivamente carattere equivoco, ed offendono così il pudore come la decenza. Tale è la mostra di nudità invereconde, che, mentre è data come perspicuo esempio di atti contrari alla decenza, offende anche il sentimento del pudore poichè è anche una manifestazione tra le più evidenti della vita sessuale. Allora la linea di demarcazione tra il delitto previsto dall'art. 338 e la contravvenzione all'art. 490 non può più essere data da elementi obbiettivi dell'uno o dell'altro reato, ma soltanto dall'elemento intenzionale, che, come vedremo, acquisterà in questo tema la massima importanza.

**22.** Ma se la mostra di nudità invereconde è generalmente la più spiccata manifestazione di sessualità ed anzi se accompagna quasi necessariamente ogni atto che tenda al soddisfacimento sessuale, non è però condizione necessaria per l'esistenza dell'atto offensivo del pudore, dell'atto sessuale cioè, che può esistere anche senza mostra di nudità. È evidente, senza scendere ad esempi, che possono esistere pose, atteggiamenti od azioni di persone vestite, che da tutti verrebbero considerate più oscene della mostra del nudo. Ciò è

(1) Lucchini, *Verbali della Commissione di revisione*, n. XXIX, ed. uff., pag. 805.

vero così per gli atti, come per le arti figurative. Il nudo può essere casto, e ne sono un esempio gli angeli dipinti da mistici pittori. La donna più completamente e severamente vestita può con un atto, con un semplice gesto, offendere il pudore della vergine, che non arrossirà di fronte alla statua della Venere greca.

Quindi giustamente venne sempre ritenuto che il delitto possa sussistere, anche senza mostra di nudità, per altri atti, come abbracciamenti, toccamenti ecc. accompagnati da circostanze o proposte tali da offendere il pudore (1).

**23.** Dalla nozione dell'elemento materiale del delitto, deriva pure che non è necessario che l'atto sia moralmente illecito.

L'atto sessuale, compiuto in pubblico, se anche possa essere, non soltanto lecito, ma imposto dalla più rigida morale, come la congiunzione carnale fra coniugi, offende sempre il pudore. Lo stato personale degli autori del fatto non può certamente valere per eliminare l'offesa. La legge del resto non distingue, e quando punisce chiunque in pubblico commetta atti offensivi del pudore comprende anche le persone unite da vincolo matrimoniale, le quali non hanno alcun diritto di erigere il talamo coniugale sulla pubblica via, come, con frase espressiva, disse il Carrara (2). Obbiettivo del reato non è, come vedemmo, il pudore della persona verso la quale l'atto si compie, ma il pu-

(1) Cass. Roma, 20 gennaio 1891, *Cass. Un.*, II, 124; id., 17 novembre 1891, *Cass. Un.*, III, 208; id., 9 giugno 1904, *Giust. pen.*, 1904, col. 1436; Cass., 5 febbraio 1906, *Giust. pen.*, 1210. Anche il bacio fu ritenuto capace di dar vita al reato, ma la quistionemerita più attento esame, che sarà fatto, trattando dell'elemento intenzionale (n. 41).

(2) *Progr.*, parte speciale, § 2942, vol. VI.

dore pubblico, che rimane offeso da ogni rivelazione di sessualità. Se qualche dubbio potesse rimanere in proposito provvederebbe in ogni caso nel codice nostro l'uso dell'espressione « offende il buon costume », la quale, a lato delle offese al pudore, sta appunto ad indicare specialmente gli atti diretti contro il sentimento generale di moralità, contro cioè il pubblico pudore, anzichè contro il pudore di persona determinata (1).

**24.** Dalla nozione sempre dell'elemento materiale del reato, e cioè compimento di atto sessuale, deriva infine il suo carattere di reato formale, di reato cioè che si consuma colla semplice azione dell'uomo, la quale basta senz'altro a violare la legge, senza il succedere di alcun evento. Basta cioè il compimento di un atto, che abbia la potenzialità di offendere il pudore, perchè l'offesa si debba considerare avvenuta. L'offesa ad un sentimento astratto, come il pudore, si verifica, non appena commesso l'atto diretto ad offenderlo, e non occorre attendere per ciò alcun successivo avvenimento. La potenzialità equivale all'attualità dell'effetto (2). Non è quindi possibile tentativo di oltraggio al pubblico pudore. Non occorre d'altra parte che alcuno sia rimasto effettivamente offeso. Sulla natura di delitto formale, che dalla stessa espressione della legge « offende il pudore », deriva al reato di oltraggio al pudore, avremo occasione di ritornare, trattandosi di carattere che spiega la sua influenza nella risoluzione di molte importanti quistioni.

---

(1) Vedere sopra n. 4 e 20.
(2) Carrara, § 2941 e nota.

## Sezione II.

### b) *Pubblicità.*

**SOMMARIO.**

**25. Criterio adottato: destinazione del luogo.**
**26. Varie opinioni espresse sul criterio della pubblicità: non è necessaria la presenza di persone.**
**27. Censure rivolte all'art. 338: giustificazione del criterio adottato dalla legge.**
**28. Indirizzo seguìto dalla giurisprudenza.**
**29. La determinazione della pubblicità implica una questione di diritto.**

**25.** L'elemento della pubblicità è quello che veramente esprime il carattere essenziale obbiettivo del delitto di oltraggio al pudore, secondo venne configurato dai codici moderni. La precisa sua determinazione ha quindi la massima importanza. Escluso il criterio dello scandalo per i motivi già esaminati (1), e sopratutto perchè poteva ingenerare equivoco, adottò il legislatore nostro quello della qualità del luogo, ed espresse il suo concetto colle parole « in luogo pubblico od esposto al pubblico ».

Si potrà forse desiderare una formula più concisa e che lasci maggior libertà di apprezzamento al giudice, ma non pare si possa dubitare circa l'interpretazione di una formula così chiara ed illustrata dalla relazione senatoria (2) e dalle discussioni avvenute in seno alla Commissione di revisione (3). Il legislatore nostro, preoccupato per i gravi ed esatti appunti rivolti alla formula del

(1) Vedere sopra n. 10 e seg.
(2) Relazione sul progetto 1887, all'art. 320 n. 1.
(3) Verbale n. XXVIII.

pubblico scandalo, ne volle un'altra che meglio si adattasse al carattere formale del reato ed a quella potenzialità della lesione, che ne è diretta conseguenza. Adottò quindi il criterio della destinazione del luogo già sostenuto dal Carrara, il quale però non aveva sempre tratto dal criterio proposto quelle conseguenze che logicamente dovevano derivarne (1).

La pubblicità del luogo configurò poi il legislatore sotto due forme, assoluta la prima, relativa la seconda. La pubblicità assoluta espresse colla locuzione: *luogo pubblico,* che comprende tutti i luoghi « aperti od accessibili a tutti sia gratuitamente, sia mediante retribuzione o certe condizioni d'ammessibilità » (2). Lo Chassan, al quale appartiene la riportata definizione dei luoghi pubblici, li distingue poi esattamente in luoghi pubblici *per natura,* aperti a tutti in modo permanente ed assoluto, luoghi pubblici *per destinazione,* accessibili a tutti in determinati momenti e così assolutamente come sotto certe condizioni d'ammessibilità, ed infine luoghi pubblici *per accidentalità,* i quali non hanno in sè stessi il carattere della pubblicità, ma possono prenderlo per la possibilità che il pubblico sia in essi presente, e cita le botteghe,

(1) Infatti al § 2945, nota 2, afferma che « se l'ora prescelta lo studio adoperato per compierlo occultamente, dettero il risultato che nessuno vide, e la giustizia ne venne a conoscenza per sola confessione degli agenti, allora non può il fatto imputarsi non come trasgressione di polizia ». Del resto la stessa definizione del delitto, data dal Carrara, non si accorda col criterio che egli propone per la pubblicità, ed anzi si presta all'equivoco, poichè lo stesso oltraggio privato al pudore è visto da estranei.

(2) Chassan, *Traité des delits et des contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, citato dal Garraud pag. 453.

gli ospedali, le vetture circolanti sulle pubbliche vie, i vagoni delle ferrovie in cammino ecc.

In quest'ultima categoria sono compresi i luoghi esposti al pubblico, che configurano nel codice la seconda forma di pubblicità, che chiamammo relativa. Però luoghi esposti al pubblico non sono soltanto quelli, che lo Chassan chiamava luoghi pubblici per accidentalità, ma anche luoghi privati e persino le private abitazioni, allorquando per speciali circostanze inerenti alla stessa natura loro, e non poste in essere da estranei, siano esposti alla vista del pubblico. Ben definì il luogo esposto al pubblico una notevole sentenza (1) « quel luogo, il quale pur non essendo pubblico, nè aperto al pubblico, si trovi nondimeno in tali condizioni da lasciar scorgere a chiunque, non già per singolare e fortuita eventualità, che potrebbe ricorrere in ogni luogo più riservato e riposto, ma nell'ordinario dei casi, quanto vi si compia internamente ».

Nell'ampia denominazione di luogo pubblico comprendonsi generalmente anche i luoghi esposti al pubblico e li comprenderemo anche noi d'ora in avanti per brevità.

**26.** Il criterio di pubblicità, adottato dal legislatore nostro, come tutti i criteri materiali, mentre vale a togliere le dubbiezze e le discussioni inevitabili di fronte a criteri soggettivi, può però in certi casi portare a punizione di fatti, forse più degni di pietà che di pena. Tali conseguenze rigorose del criterio adottato e l'influenza forse inavvertita, che ancor esercita la formula del pubblico scandalo, valgono a spiegare come, nonostante il

(1) Cass., 11 marzo 1898, *Giust. pen.*, IV, col. 550 ed in conformità di tal criterio Cass., 17 agosto 1898, *Foro pen.*, I, 10; Cass. 7 marzo 1895, *Riv. pen.*, XLI, 406; Cass., 1 ottobre 1898, *Riv. pen.*, XLIX, 187; 6 luglio 1900, *Suppl. Riv. pen.*, IX, 187; 18 marzo 1904, *Riv. pen.*, LIX, 576.

chiarissimo dettato della legge, vari scrittori abbiano sostenuto anche per il nostro diritto positivo la necessità della presenza di persone per la punibilità dell'atto offensivo del pudore.

Già il Puccioni (1) nel commentare l'identica espressione *luogo pubblico* usata dal codice toscano, aveva creduto di richiamare le spiegazioni date sul luogo pubblico nell'art. 126, che puniva l'eccitamento a commettere un attentato contro la sicurezza dello Stato, commesso per mezzo di allocuzioni, grida pronunciate in luoghi pubblici. Ma il richiamo non era punto opportuno, perchè, se per l'art. 126 poteva giustamente sostenersi non essere sufficiente la qualità del luogo, ma occorrere la presenza di più persone, perchè altrimenti la voce dell'eccitatore sarebbe stata *vox clamans in deserto*, ciò non poteva sostenersi per l'oltraggio al pudore, che, quando è commesso in luogo pubblico, ha sempre insita la potenzialità di offesa al pudore pubblico.

Anche il Carrara, come abbiamo visto (2), era caduto in contraddizione di fronte alle sue premesse circa la necessità di adottare il criterio della destinazione del luogo, poichè aveva invece sostenuto la necessità della presenza di qualche persona per la sussistenza del reato.

Fra i commentatori del codice attuale sostenne tale necessità anzitutto il Pessina, ma egli nel suo breve commento ha dedicato pochissime parole all'art. 338 e ritenendo che « su questo punto il codice non abbia variato dall'art. 420 cod. sardo », richiamando anzi la formula dello scandalo, cadde evidentemente in una inesattezza, che vale a spiegare le meno esatte idee sue e del Tuozzi, suo se-

(1) *Cod. pen. toscano ill.*, Commento art. 301.
(2) Vedere sopra n. 25.

guace (1), sulla pubblicità del luogo. Non staremo neppure ad esaminare la teorica del Viazzi (2), il quale pur accogliendo la teorica della potenzialità enunciata dal Carrara, richiama di questi le limitazioni ed afferma la necessità di una persona che accerti il fatto avvenuto in pubblico, 'teorica che il Viazzi non si curò di dimostrare e che d'altronde si fonda più su pretese esigenze di prova, che sul concetto giuridico del reato.

Altri, come il Gismondi (3) ed il Pozzolini (4) giustamente vollero porre l'elemento della pubblicità in relazione all'elemento intenzionale, ma tale osservazione sarà svolta quando appunto tratteremo del dolo (5).

Altri ancora (6) sostenne che la presunzione di pubblicità cessa o si attenua quando cessa o si attenua la possibilità attuale della presenza del pubblico. Ma non si appone così alcuna limitazione al criterio della destinazione del luogo, poichè non si può negare che un luogo prima pubblico, qualora nel momento del fatto manchi della possibilità di presenza del pubblico, come ad esempio una via chiusa alla circolazione, abbia cessato di essere pubblico e debba considerarsi privato. Se il luogo sia pubblico si deve constatare nel momento del fatto, e non si può quindi tenerne in conto la destinazione, sia pure ordinaria, ma soltanto la destinazione, che aveva nel momento del reato.

A più gravi conseguenze d'ogni altro su questo

(1) Op. cit., p. 553.

(2) *Sui reati sessuali*, p. 70-71.

(3) *Ricerche intorno al delitto di offesa al pubblico pudore, Foro pen*,. 1898.

(4) Op. cit., pag. 131 e seg.

(5) Vedere avanti, n. 38.

(6) Pappagallo, monografia citata, n. 11.

punto è però giunto il Ridola (1), il quale, dopo aver censurato il criterio accolto dal codice, sostiene che anche per il nostro diritto positivo occorra la prova almeno indiretta che più persone furono presenti all'indecorosa mostra, e formula così la sua teorica: « potenzialità di scandalo, potenzialità cioè che il fatto osceno abbia offeso il pudore degli spettatori, ma realtà, certezza che persone videro, che persone furono presenti ». Ma gli argomenti, cui l' acuto scrittore ricorre non sono certo convincenti. Egli rileva le già notate espressioni inesatte della relazione ministeriale, che richiamano anche qui il concetto dello scandalo (2), ovvero affermano che la pubblicità è la base essenziale di questo delitto (3). Ma se tali rilievi sui lavori preparatori dovessero avere influenza, dovremmo ritornare alla vieta formula del pubblico scandalo, alla quale ritorna infatti il Ridola, ed avrebbe ragione il Pessina di sostenere che nulla fu mutato dall'art. 420 cod. sardo. In verità per voler trarre dalla legge un'interpretazione, che non appare certo dalla formula usata, si sottilizza troppo sui lavori preparatori e si dimentica poi la relazione senatoria (4) che sola si soffermò su questo punto e sola diede quindi l'interpretazione autentica. Si cade poi in un sofisma evidente allorquando si afferma che il luogo pubblico, senza la presenza del pubblico, cessa nel senso giuridico, di esser tale. Il diritto odierno non usa di cambiare il senso comune delle parole e non v'è un senso giuridico diverso da quello comune e logico. L'art. 338, colla locuzione « atti

(1) *Oltraggio pubblico al pudore, Suppl. Riv. pen.*, 1899, p. 363.
(2) N. CXXVIII, e sopra n. 12.
(3) N. CXXVIII.
(4) *Sull'art. 320.*

commessi in luogo pubblico od esposto al pubblico » afferma, grammaticalmente e logicamente, colla maggior possibile chiarezza, che la qualità del luogo e non la presenza delle persone rende perfetto il reato. Di fronte al testo chiarissimo della legge è inutile insistere sui lavori preparatori, che del resto correttamente interpretati confermano il senso letterale, ovvero ricorrere a confronti colle locuzioni adoperate nell'art. 490 od altrove per esprimere il criterio della pubblicità.

D'altronde la prevalente dottrina è certo contraria alla tesi del Ridola, e basterà citare l'Impallomeni (1), il Pozzolini (2), il Calogero Costanzo (3), il Majno (4), il Vicini (5) i quali tutti seguono la teorica della destinazione del luogo.

**27.** Contro il criterio adottato dal codice si osservò però che quella disposizione è da una parte troppo ristretta perchè non punisce certe forme più gravi di oltraggio privato al pudore, come quello commesso in luogo privato, dove siano riunite molte persone (6), ed è dall'altra eccessivamente puritana perchè viene a colpire anche gli sfoghi sessuali commessi nei luoghi più deserti.

In verità non mi pare interamente fondata la prima censura. È inutile ripetere qui le ragioni che indussero il legislatore ad eliminare dal novero dei reati l'oltraggio privato al pudore (7), reato che in ogni caso per il diverso suo obbiettivo mal si trovava nei cessati codici a lato dell'oltraggio

---

(1) *Cod. pen. ill.*, n. 593.

(2) Op. cit., pag. 128-129

(3) Op. cit., n. 1119.

(4) *Commento*, n. 2221.

(5) Op. cit. n. 25 e 47.

(6) Ridola *Oltraggio pubblico al pudore, Supp. Riv. pen.*, VII, 355; Majno, *Commento*, n. 222; Vicini, *Oltraggio al pudore*, *Dig. It.*, vol XVII. n. 18.

(7) Vedere sopra n. 14.

al pudore pubblico. Ma, a parte la confusione che si faceva tra due figure diverse di reato, non era neppure opportuno dedicare all'offesa privata al pudore un articolo speciale, perchè anche nelle forme più gravi il pudore non è così gravemente offeso come da un atto commesso in pubblico. L'autore dell'offesa privata non dimostra di regola anormalità di tendenze sessuali, poichè anzi non v'è quasi lotta d'amore che non si svolga nelle ultime linee d'approccio con qualche atto, che, a stretto rigore, costituirebbe oltraggio al pudore privato. Colpendo quegli atti il legislatore entrerebbe nel segreto delle famiglie, confonderebbe la morale col diritto.

Certamente tra il luogo strettamente privato ed il luogo pubblico od esposto al pubblico esiste, come una zona intermedia, il luogo privato, nel quale però si trovano radunate molte persone, come una sala per balli, una sala di ricevimento o per banchetti, ecc. luoghi tutti che a stretto rigore non si possono qualificare pubblici. Il codice avrebbe certamente ben fatto provvedendo almeno alla punizione delle più gravi offese al pudore commesse in tali luoghi contro la volontà dei presenti.

Il codice olandese, come vedemmo, ha considerato appunto la renuenza dei presenti come elemento che sostituisce la pubblicità. Una disposizione analoga, ma relativa soltanto ai luoghi nei quali si trovano radunate molte persone, sarebbe stata certo opportuna, come già osservò il Vicini (1). Però per tali casi, del resto assai rari, provvede a sufficienza il titolo d'ingiurie, che è quasi sempre applicabile.

Interamente fondata non è neppure l'altra accusa di rigore eccessivo. Le formule assolute pre-

(1) Op. cit., n. 18.

sentano l'inconveniente di non potersi piegare alle esigenze di casi speciali. È quindi certamente possibile immaginare casi pietosi (1), ma anche in questi casi, se manca l'intenzione di fare offesa al pubblico, se cioè l'autore del fatto non cerca nella presenza del pubblico un accrescimento di piacere sessuale, esiste però la noncuranza del luogo dove l'atto si compie, lo sprezzo alle esigenze del pubblico pudore e quindi, come ben nota uno scrittore positivista (2), non disorganizzazione, come nel primo caso, ma grave pervertimento del sentimento del pudore.

Ed è quindi strano che scrittori positivisti (3) invochino sotto questo riguardo maggior mitezza, mentre certamente se si pone a base della punibilità la quantità soggettiva del delinquente, e cioè la sua temibilità, temibile è anche chi compie atti sessuali in luogo dove può esser visto. Voler poi far dipendere la punibilità da una circostanza interamente casuale, come la effettiva presenza di persone, non è certo conforme ai principî propugnati dalla scuola positiva, la quale appunto per considerazioni analoghe combatte gli istituti giuridici del tentativo, della concausa ed altri simili, creati dalla scuola classica.

**28.** La giurisprudenza ha seguito la più rigorosa teorica, quella cioè della destinazione del luogo, ed affermò ripetutamente che per rendere perfetto il reato non è necessaria la presenza di una o più persone (4). Anzi talvolta dimostrò nella

(1) Vederli in Ridola, mon. cit.

(2) Pozzolini, op. cit., pag. 129.

(3) Maino, *Comm.*, n. 2221 e Viazzi, pag. 70.

(4) Cass., 17 novembre 1891, *Cass. un.*, vol. III, col. 208; Cass., 8 febbraio 1902, *Foro pen.*, I, 59; Cass., 22 febbraio 1894, *Riv. pen.*, XXXIX, 411; Cass. 11 gennaio 1895, *Riv. pen.*, vol. XLI, pag. 299 m.; 18 gennaio 1898, *Riv. pen.*, XLVII, 310; 7 marzo 1904, *Riv. pen.*, LX, 482 ecc.

valutazione del luogo pubblico e specialmente del luogo esposto al pubblico un rigore eccessivo. Ed infatti ritenne luogo pubblico non soltanto una strada vicinale (1), un'aia aperta (2), una garitta del dazio (3), un bosco (4), l'aperta campagna (5), ma anche una tenda collocata in una pubblica piazza, non circoscritta da alcuna chiusura speciale, e resa perciò più facilmente accessibile sia pure agli indiscreti (6).

Particolare interesse presentano i luoghi pubblici per accidentalità; i luoghi cioè che non hanno in sè stessi il carattere della pubblicità ma lo acquistano soltanto per la presenza più o meno accidentale del pubblico. Tali sono i negozi, magazzeni, ospedali, prigioni, diligenze o vetture circolanti sulle pubbliche vie, vagoni ferroviari, ecc.

Per tutti tali luoghi la giurisprudenza affermò il carattere della pubblicità (7) sempre quando « si trovino in tali condizioni da lasciar scorgere a

---

(1) Cass., 12 novembre 1891, *Corte Suprema*, anno 16, pag. 904.

(2) Cass., 22 febbraio 1892, *Corte Supr.*, a. 17, p. 62.

(3) Cass., 2 giugno 1905, *Giust. pen.*, 1905, col. 1628, n. 1124.

(4) Cass., 6 febbraio 1892, *Foro pen.*, p. 58.

(5) Cass., 14 dicembre 1891, *Cass. un.*, vol. III, col. 248; Cass. 8 febbraio 1904, *Riv. pen.*, LIX, 576.

(6) Cass., 17 gennaio 1890, *Corte Supr.*, a. 15, pag. 8. Veramente in quest'ultimo caso la pubblicità non era a stretto rigore *conseguenza delle condizioni che all'atto aveva dato l'agente*, ma del fatto di un terzo, e quindi, come diciamo più avanti, mancava la pubblicità del luogo anche per questo motivo.

(7) Cass., 17 novembre 1890, *Riv. pen.*, XXXIII, 522; Cass., 7 marzo 1890, *Corte Suprema*, XV, 600; 1 luglio 1902, *Riv. pen.*, LVI, 312; Cass., 5 aprile 1898, *Riv. pen.*, XLVII, 604; Cass., 14 settembre 1905, *Cass. un.*, col. 273.

chiunque, non già per singolare e fortuita eventualità, che potrebbe ricorrere in ogni luogo più riservato e riposto, ma nell'ordinario dei casi quanto vi si compia internamente » (1). Già il Carrara osservava che « la pubblicità sopravvenuta all'atto deve essere conseguenza delle condizioni che all'atto medesimo aveva posto l'agente, e non già della maligna interposizione del fatto di un terzo, il quale abbia distrutti i ripari che l'agente aveva posti agli occhi del pubblico » (2). Certamente l'eccessivo rigore nell'apprezzamento della pubblicità del luogo è la causa vera del notevole movimento della dottrina contrario al criterio fissato dalla legge. Così la pubblicità dei luoghi riconosciuta nei boschi, nell'aperta campagna, appare ingiustificata, se adottata come norma assoluta. La giurisprudenza francese, pure sempre rigorosa in questa materia, negò a tali luoghi il carattere pubblico (3), e con ragione poichè, salvo casi speciali di tolleranza del proprietario o di vicinanza alle pubbliche strade, quei luoghi non sono a tutti accessibili. Quando si potessero adottare tali norme rigorose il luogo privato si ridurrebbe alle camere d'abitazione. Anzi anche queste furono recentemente (4) ritenute esposte al pubblico, quando, sebbene gli atti in esse commessi non potessero essere veduti dai passanti, potevano però essere visti dalle persone che si affacciavano o si potevano affacciare alle finestre prospicienti. Sotto l'impero del codice sardo era stata ritenuta la stessa tesi (5) e con ragione di fronte al criterio dello scandalo, ma la tesi opposta

(1) Cass., 11 marzo 1898, *Cass. un.*, IX, 903.

(2) § 2948.

(3) Vedere le decisioni citate dal Vicini, n. 51.

(4) Cass., 27 maggio 1905, *Diz. della dottr. e giur.*, p. 65.

(5) Cass. Firenze, 13 marzo 1889, *Annali,* XXIII, 1, 80.

era stata invece giustamente affermata in applicazione del codice attuale (1). Infatti, come osserva il Vicini (2), poichè la legge esige la qualità del luogo per sua natura pubblico od esposto al pubblico, cioè a chiunque e non soltanto a qualche privato cittadino, non si potrà considerare luogo esposto al pubblico quello certamente privato che può essere veduto soltanto da un luogo a sua volta privato. Sarà deplorevole che la legge non consenta di colpire atti, che possono offendere gravemente il pudore individuale, ma non è lecito per colpirli, ristabilire l'oltraggio al pudore privato, che si volle cancellare dal codice.

**29.** Innumerevoli sono, o per lo meno numerosissime, le esemplificazioni di luoghi pubblici od esposti al pubblico, che offrono le raccolte di giurisprudenza; ma, poichè i criteri essenziali sono sempre quelli accennati ripetutamente, crediamo inutile insistere in questa trattazione di carattere dottrinale nel riportare esempi e casi, che del resto non danno luogo a gravi controversie.

Osserviamo però che, se nelle numerose fattispecie, delle quali la giurisprudenza viene chiamata ad occuparsi, le circostanze speciali dei fatti e dei luoghi possono dar lume per determinare se si tratti di luogo pubblico, la quistione della pubblicità del luogo rimane pur sempre una quistione di diritto. Come perspicuamente osservava il Carrara (3) sarà quistione di fatto lo stabilire se una via conduce a certi casolari, ma determinare se quella contingenza costituisca pubblicità di luogo è quistione di diritto. Ed egli esortava perciò i magistrati di merito a descrivere accuratamente le località (4).

(1) Cass., 2 luglio 1897, *Riv. pen.*, XLVI, 274.

(2) Op. cit., n. 53.

(3) § 3765

(4) § 2941.

Il magistrato di merito deve cioè stabilire il luogo in cui fu commesso il fatto, strada, negozio, aperta campagna, bosco, ecc.; ma determinare poi se tali luoghi debbano a termini di legge considerarsi pubblici od esposti al pubblico è questione di diritto e quindi su questo punto la decisione del magistrato di merito può essere sindacata dalla Corte regolatrice del diritto. Però la Cassazione non ha sempre ritenuto questa tesi. Anzi ha ripetutamente affermato essere incensurabile l'apprezzamento del magistrato di merito che abbia affermato od escluso che un luogo sia pubblico od esposto al pubblico (1).

Devesi però notare che su quelle decisioni influirono certamente molto le fattispecie. Del resto le numerose decisioni citate, tutte della Corte suprema, che riconobbero o negarono a determinati luoghi il carattere pubblico, provano come la Cassazione abbia riconosciuto che la quistione è essenzialmente di diritto. Ciò affermò esplicitamente, ritenendo che la determinazione della pubblicità del luogo implichi apprezzamento sottratto al voto dei giurati, i quali devono essere interrogati soltanto se il fatto fu commesso in un determinato luogo (2).

## § 3.

### *Elemento intenzionale.*

**SOMMARIO.**



(1) Cass., 11 marzo 1898, *Giust. pen.*, IV, 550; 6 giugno 1899, *Riv. pen.*, L, 297; 5 luglio 1900, *Riv. pen.*, LII, 531; 6 luglio 1900, *Suppl. Riv. pen.*, IX, 187.
(2) Cass., 1. aprile 1898, *Giur. it.*, II, 132.

**30.** L'indagine sull'elemento intenzionale che per il sistema del codice presenta sempre in tema di delitti grande interesse, acquista come già abbiamo notato (1) nella trattazione del delitto di oltraggio al pubblico pudore una speciale ed anche maggiore importanza. Già abbiamo osservato che gli atti offensivi del pudore non hanno caratteri obbiettivi precisi e che per tal motivo principalmente il legislatore preferì non definirli.

Accanto ad atti nei quali il carattere dell'offesa al pudore appare indiscutibile ne esistono altri molteplici che, mentre sono pure lesivi del pudore possono essere effetto di noncuranza, di necessità organiche o possono anche essere stati commessi deliberatamente, ma con fine affatto diverso dall'offesa al pudore.

Tali considerazioni imporrebbero pur sempre l'indagine sull'elemento intenzionale, quand'anche non esistesse nel codice nostro la contravvenzione per offese alla pubblica decenza, la quale non esiste infatti sotto quella forma in leggi d'altri paesi (2), nei quali pure si discute dell'elemento intenzionale.

Però non si può negare che l'esistenza della con-

(1) Vedere sopra, n. 17.
(2) Cod. francese, austriaco, ecc.

travvenzione rende l'indagine sul dolo della massima importanza, poichè essa soltanto può fornire i criteri necessari per distinguere la contravvenzione dal delitto. Anzi si può ben affermare che l'art. 490 del codice esercitò sulla determinazione del dolo una grandissima e forse non sempre benefica influenza. Non sempre benefica diciamo, poichè infatti l'influenza di quell'articolo fece sovente perder di vista agli interpreti quelle disposizioni generali sull'elemento intenzionale, compendiate nell'articolo 45, le quali, secondo il sistema del codice, dovrebbero offrire il solo esatto criterio per risolvere le varie quistioni nella difficile materia.

**31**. Già durante i lavori preparatori si era intuita la difficoltà di stabilire, come diceva il commissario Lucchini (1), una linea retta di demarcazione fra delitto e contravvenzione. Egli a proposito di quest'ultima, dichiarava che « all'art. 320 (attuale art. 338) si offende il pudore od il buon costume, e qui (cioè all'art. 490) la pubblica decenza; che là occorre la volontà e qui basta la negligenza ». Tali parole sono oggi ripetute a sostegno delle più opposte dottrine nella materia (2). In realtà nonostante la loro esattezza, non si può affermare che esse diano il criterio completo per distinguere i due reati. Certo ciò non era nell'intenzione del commissario, il quale mirava evidentemente più ad illustrare che a definire, e fu quindi a torto accusato di contraddizione con la teorica che egli enunciò poi in una sua sentenza (3). Le successive discussioni in seno alla commissione non diedero sull'elemento

---

(1) Verbale n. 29.

(2) Impallomeni, *Cod. pen. ill.*, III, pag. 93-94, commento all' art. 338; Ridola, op. cit., n. 18; Pappagallo, op. cit., n. 10 ecc.

(3) Ridola, op. cit., n. 24.

intenzionale maggior luce, ma servirono a porre in rilievo la già segnalata (1) differenza di elementi obbiettivi tra contravvenzione e delitto. Il Costa specialmente rilevava come all'art. 320 si contemplasse la violazione di un diritto, all'art. 472 la violazione di una convenienza; ed affermava poi che « la decenza è qualche cosa di convenzionale, un complesso di regole sociali e civili, che si vuol tutelare, fissando quasi una norma di educazione sociale ». Ed il Lucchini, dopo aver affermato che « la decenza è come il vestibolo del pudore », ne deduceva la funzione di prevenzione dei reati contro il buon costume che la contravvenzione ha nel sistema della legge penale.

Le relazioni del ministro al Parlamento ed al re sull'attuale art. 490 furono più esplicite riguardo all'elemento intenzionale, che posero anzi come essenziale criterio distintivo dal delitto. Nella relazione ministeriale (2) già si affermava infatti che « si presupponeva naturalmente che nel fatto contravvenzionale non concorresse *l' intenzione di fare deliberatamente oltraggio al pudore*, ma che esso avvenisse soltanto per noncuranza delle buone norme di condotta civile, poichè in caso contrario si avrebbero i delitti di cui agli art. 320 e 321 ».

E nella relazione al re (3) si poneva ancora in rilievo l'elemento intenzionale proprio dei delitti di oltraggio al pudore, giustificando l'eliminazione della parola « offese » dalla rubrica del capo relativo alla contravvenzione, eseguita appunto allo scopo di evitare che « non si supponesse richiesto nell'applicazione dell'articolo 490 » il detto elemento intenzionale e « non sorgessero possibili equivoci sul concetto della disposizione stessa ».

(1) Vedere sopra n. 21.
(2) N. CXCVIII, ed. uff., pag. 490.
(3) N. CXLII.

Se fu però pregio delle relazioni ministeriali l'aver portata la distinzione sulla sua vera base, non si può negare che la frase « intenzione di fare *deliberatamente* oltraggio al pudore » non sia stata fonte di equivoci, poichè fu interpretata come un accenno a quella che il Carrara chiamava *intenzione antigiuridica diretta*, nella quale una notevole teorica fece consistere l'elemento morale del delitto (1). Però se quella frase poniamo in relazione colle dichiarazioni non contradette del commissario Lucchini e sopratutto col richiamo contenuto nella relazione al re delle norme dettate dall'articolo 45 sul dolo, certamente apparirà ben diversa l'intenzione del legislatore, il quale non può aver voluto dettare una regola, che, come vedremo, avrebbe reso praticamente impossibile l'applicazione dell'art. 338, ma volle soltanto che le regole generali sull'elemento intenzionale, richiamate dal ministro avessero quella applicazione che d'altronde non si può negare, quando si consideri soltanto il testo della legge e non ci si lasci fuorviare da preconcetti e da frasi meno esatte contenute nei lavori preparatorii.

**32.** Pure su quelle frasi inesatte si ricamano od anche si fondano le teoriche più diverse sull'elemento morale del delitto. Sarà forse da una parte un residuo atavico dell'antico odio popolare contro i peccatori di carne, che induce a cercare di elevare a delitto il peccato, con un rigore eccessivo; sarà d'altra parte una soverchia pietà per i colpevoli che induce altri a seguire il consiglio del Brusa, ed a mitigare con una benigna interpretazione il rigore cui sono informate le disposizioni sui reati sessuali (2); ma certo è che pochi

(1) Pincherle, *Il cod. pen., annotato*, pag. 491; Ridola, op. cit.

(2) Ridola op. cit. n. 28.

delitti hanno dato luogo a teoriche così opposte e così numerose sul dolo. Infatti da coloro che ripeterono anche qui l'antico broccardo: « *dolus inest in ne ipsa* » (1), dalla gran maggioranza dei giudici e degli scrittori, che si accontentarono della coscienza o meglio della volontarietà dell'atto osceno (2), si giunge a scrittori che richiesero l'impulso lussurioso (3), ed infine ad altri, che, con una giurisprudenza notevole, ritennero necessaria l'intenzione di offendere il pubblico pudore. Ma anche fra questi ultimi vi fu chi richiese l'intenzione diretta o perfetta (*animus ad legem ledendam*) (4), mentre altri ammisero anche l'intenzione indiretta positiva *o minus perfecta* (5).

**33.** La teorica del *dolus inest in re ipsa* non merita confutazione poichè porta in fondo all'esclusione dell'elemento morale ed a confondere nei casi dubbi il delitto colla contravvenzione. Ma a questa stessa conseguenza viene la teorica della semplice coscienza (6). Essa nacque nella giurisprudenza francese, dove trovava non soltanto un fondamento nelle celebri parole di Montesquieu, ripetute anche durante i lavori preparatori del

(1) De Tilla, *Il pudore nel codice penale it.*, pag. 18. Anche il Vicini, sostenitore della teorica della volontarietà, finisce coll'identificarle in questa del *dolus in re ipsa* (n. 29, op. cit.).

(2) Impallomeni, *Cod. pen. ill.*, III, p. 93-94; Calagero Costanzo, op. cit., p. 1119; Viazzi, *Sui reati sessuali*, p. 66 e segg.; Vicini, op. cit., n. 29 a 58, e l'intera dottrina francese; Garraud, pag. 459, t. IV; Chauveau et Hélie, *Théorie*, t. II, n. 2773.

(3) Carrara, *Progr.*, parte speciale, vol. VI, § 2942 e segg.; Pappagallo, op. cit., n. 21 e seguenti.

(4) Pincherle, *Il cod. pen. annotato*, pag. 491; Ridola, op. cit.

(5) Pozzolini, op. cit., pag. 131 e segg.

(6) Come abbiamo osservato il Vicini confessa di non trovar differenza tra le due teoriche (n. 29).

codice, ma una corrispondenza colla stessa locuzione adoperata dalla legge, la quale puniva chiunque avesse commesso un oltraggio pubblico al pudore, mettendo così in rilievo soltanto l'elemento obbiettivo del reato. Contribuì pure non poco alla fortuna della teorica, accolta ormai in Francia dalla prevalente dottrina (1), la mancanza in quel codice di generali disposizioni sull'elemento intenzionale e di una contravvenzione parallela al delitto. Il Garraud (2) combatte appunto perchè estranea alla legge francese la distinzione proposta da Chauveau et Helie (3) tra atti che per loro natura provano l'intenzione impudica dell'autore ed atti che diventano offensivi del pudore per il modo, le circostanze della loro perpetrazione e *sopratutto per l'intenzione di chi li dirige.*

Egli afferma che in questi delitti la punibilità non risulta dall'intenzione di offendere il pubblico pudore, che porterebbe, a suo parere, alla cancellazione dell'oltraggio al pudore dal novero dei delitti, ma dal disprezzo del pubblico pudore. Dà così la misura della teorica, la quale, come notammo, si appoggia interamente sui precedenti e sul testo della legge francese.

Di fronte al nostro art. 45, che dettò regole, se non precise, certo imperative, sull'elemento morale nei reati, di fronte sopratutto all'esistenza nel codice nostro di una contravvenzione sussidiaria al delitto, parrebbe che la teorica della semplice coscienza, la quale qui, come altrove, porta a confondere il dolo colla colpa, non dovesse essere risuscitata. Eppure apparve nei primi commenti del codice (4), e la giurisprudenza che a quei

(1) Garraud, op. cit., n. 448.

(2) Ivi.

(3) *Théorie,* t. II, n. 2773.

(4) Impallomeni, *Il cod. pen. ill.,* t. III, pag. 93-94; Calogero, op. cit.

commenti si ispirava la seguì largamente e la segue tuttavia (1). Passando nella nostra dottrina la teorica si ammantò bensì di nuova denominazione, e fu detta teorica della volontarietà dell'atto osceno; ma in fondo rimase identica. « Offende il pudore colui che volontariamente agisce in modo da offenderlo », disse l'Impallomeni e sulle sue traccie il Calogero Costanzo (2). La formula non aveva nulla di diverso da quella francese della coscienza, poichè anche questa supponeva che l'atto lesivo del pudore fosse commesso volontariamente (3). Anzi il Calogero quella teorica esplicitamente riconosce essere identica a quella da lui sostenuta, quando afferma che il dolo sta nella « *coscienza* di commettere un atto contrario al pudore in luogo tale che altri ne possa essere spettatore ».

I sostenitori della teorica identificano così coscienza e volontà, due termini che la psicologia ha sempre tenuto e tiene distinti sebbene ne riconosca oggi l'intimo nesso (4).

E riducendo il dolo alla semplice coscienza di un atto, dimenticano l'art. 46 del codice, che non soltanto la coscienza, ma anche la libertà dell'atto considera come elemento necessario per la sussistenza della responsabilità giuridica, dimenticano

(1) Affermarono inutile ogni ricerca, essendo il dolo insito *in re ipsa*, Cass. 26 febbraio 1890, *Ann.*, XXIV, 136; 9 novembre 1892, *Riv. pen.*, XXXVI, 305; 1. luglio 1902, *Riv. pen.*, LVI, 312; e la teorica della volontarietà, 18 gennaio 1894, *Foro it.*, col. 133; 28 dicembre 1895, *Riv. pen.*, XLIII, 321; 21 ottobre 1898, *Riv. pen.*, XLIX, 187; Cass. 7 febbraio 1901, *Suppl. Riv. pen.*, X, 192.

(2) Luogo cit.

(3) Garrand, n. 448.

(4) Guido Villa, *Psicologia contemporanea*, pag. 430 e seg.

sopratutto l'art. 45 che vuole per la esistenza del dolo una volontà diretta al fatto che il delitto costituisce. Confondono il dolo colla colpa, nella quale pure si può ravvisare uno stato di completa coscienza dell'atto.

Ma sopratutto vengono a negare qualsiasi criterio distintivo tra delitti e contravvenzioni, poichè anche per queste è richiesta la coscienza ed anzi la volontarietà dell'atto, come riconosce lo stesso Impallomeni, sostenitore della teorica combattuta, quando sostiene l'inapplicabilità dell'art. 490 a colui che fugge nudo per sottrarsi da un incendio (1). Il Calogero Costanzo confessa tale conseguenza della teorica, ed osserva che il criterio della volontarietà non bastando, si dovrà ricorrere per stabilire se trattasi di delitto ovvero di contravvenzione, alla quantità della lesione del diritto (2). Nè a diversa conseguenza giunge l'Impallomeni, il quale dà come caso tipico di oltraggio al pudore il fatto di chi volontariamente mostra ciò che deve essere celato, mentre la mostra di nudità inverecconde può essere volontaria, e non essere tuttavia punibile, come nel caso citato dall'Impallomeni stesso, di chi fugge nudo, per sottrarsi da un'incendio; ovvero può rimanere tuttavia di natura contravvenzionale, come risulta dall'art. 490 che espressamente la contempla.

Così la teorica, confondendo il dolo colla colpa, il delitto colla contravvenzione, si presenta comoda per l'interprete, ma antiscientifica, inumana e materiale, precisamente come quella del *dolus ivest in re ipsa*, dalla quale in fondo non differisce; e, se nella giurisprudenza nostra non diede luogo a gravi inconvenienti, lo si deve sopratutto al senno pratico dei giudici, che gli errori della

(1) *Cod. pen. ill.*, vol. III, pag. 93-94.
(2) Op. cit., pag. 1129.

teorica corressero con esatte considerazioni di fatto (1).

**34.** Come reazione alla teorica della volontarietà sorse l'altra opposta dell'*intenzione antigiuridica diretta* (2) dell'intenzione cioè diretta positiva del Carrara, la quale, come già osservammo, trova il suo appoggio in alcune parole della relazione ministeriale del 1887 (3). Il Pincherle, che prima la sostenne, affermò essere necessario per la sussistenza del delitto che gli atti siano commessi col *preciso scopo di fare oltraggio al pudore degli astanti* (4).

Quindi l'abbandonarsi per imprudenza ad atti impudici in luoghi esposti alla vista del pubblico costituirebbe sempre semplice contravvenzione alla decenza pubblica. Contro questa teorica venne osservato che in realtà non si verifica mai o ben di rado nella pratica il preciso scopo di fare oltraggio al pudore altrui. Lo stesso esibizionista non agisce collo scopo di recare offesa al pudore degli astanti, ma agisce in presenza di costoro soltanto perchè trova nella presenza del pubblico la condizione a lui necessaria per un completo godimento sessuale. D'altronde si osservò ancora che, se anche quell'intenzione si verificasse nella realtà, dif-

(1) Così in sentenza 29 novembre 1900 (*Cass. un.*, XII, 356) giustamente si disse che l'intenzione è insita nel fatto di chi volontariamente in luogo pubblico si pone con una donna in attitudine di congiunzione carnale. Considerazioni simili si trovano in molte sentenze. Cass. 3 febbraio 1902, *Riv. pen.*, LV, 445; 15 ottobre 1902, *Giust. pen.*, VIII, 429; 17 dicembre 1903, *Annali*, 16; Cass., 19 luglio 1906, *Giust. pen.*, 1339, ecc.

(2) Pincherle, op. cit., pag. 471; Ridola, op. cit., pagina 363 e seg.

(3) Sopra n. 31.

(4) *Cod. pen. annotato*, p. 471.

ficilissima ne sarebbe la prova (1). Ed infatti l'unico scrittore, che abbia cercato, dopo il Pincherle di rimetterla in onore fu il Ridola (2), il quale però finisce col confessare di accettarla sopratutto perchè porta a negare sempre o quasi sempre il dolo e quindi a relegare fra le contravvenzioni quasi tutti gli atti evidentemente osceni commessi in pubblico. Essa del resto è contraria all'art. 45 cod. pen., nel quale si richiede bensì che il colpevole abbia voluto il fatto che il delitto costituisce, abbia avuto cioè l'intenzione di commettere un atto di cui conosceva le condizioni che lo rendevano contrario alla legge, ma non l'intenzione antigiuridica diretta, che suppone lo scopo di recar sfregio alla legge, irrealizzabile o per lo meno difficilmente realizzabile nella pratica. Infine l'intenzione antigiuridica diretta, come osservò benissimo il Pozzolini (3), non corrisponde neppure all'elemento materiale del reato, pel quale è sufficiente la lesione potenziale, e non è necessaria la lesione effettiva del pudore.

**35.** Il Carrara ha indubbiamente il merito di aver indicato un criterio positivo, che sarebbe stato bene accogliere nel codice, e che ha anche oggi di fronte al testo della legge, un grande valore pratico. Egli sostenne necessaria l'intenzione libidinosa, che equiparò però allo scopo impudico, per l'imputabilità dell'atto offensivo del pudore in ragione di delitto anzichè di semplice trasgressione (4). Non devesi però dimenticare che la quistione del dolo egli contemplava soltanto in rapporto alla mostra di nudità invereconde e sos-

(1) Pozzolini, op. cit., pag. 133, e Pappagallo, op. cit., pag. 203.

(2) Op. cit., pag. 353 e segg.

(3) Op. cit., pag. 133.

(4) § 2945.

teneva che « se la mostra avvenne per mera imprudenza e senza fine impudico nessuno vi troverà *delitto* e vorrà applicarvi il titolo di oltraggio al pudore. Esso però si applicherà giustamente a una femmina che faccia tal mostra per fine di sfogare libidine e di eccitare i sensi ». Ora tali affermazioni sono vere anche oggi per il caso speciale contemplato, ma non possono avere il valore di un criterio generale. Intenzione libidinosa e scopo impudico non sono la stessa cosa, come affermò il Carrara. Lo scopo impudico può sussistere senza intenzione libidinosa, ed il caso dell'ingiuria reale commessa con atto osceno ne è perspicuo esempio. L'intenzione libidinosa può quindi essere considerata in determinati casi come l'indice o la prova sicura di uno scopo impudico e quindi anche dell'esistenza del dolo; ma non può costituire essa stessa l'elemento morale del delitto di fronte ad un codice, che non la richiede nè espressamente nell'articolo che definisce il delitto, nè indirettamente nelle regole generali sul dolo compendiate nell'articolo 45.

Pure la teorica del Carrara trovò anche fra i commentatori del codice nostro seguaci. Il Pappagallo specialmente in un notevole studio (1), d'altronde sotto molti aspetti pregevole, sostiene che « questa dottrina, la quale, a suo modo di vedere, non è stata finora seriamente combattuta non ha perduto nulla della sua vitalità ed è così moderna e palpitante, che la si riafferma nell'atto stesso che la si tenta negare ». Ed a sostegno di tale sua affermazione egli cita uno studio del Gismondi (2) notevole principalmente perchè fin dal

(1) *Il dolo nel reato di offesa al pudore pubblico, Suppl. Riv. pen.*, fasc. IX, specialmente n. 21 e segg.

(2) *Ricerche intorno al delitto di offesa al pubblico pudore, Foro pen.*, vol. V, pag. 49.

1896 richiamava nell'interpretazione dell'art. 338 quei concetti generali sul dolo, che poi furono quasi sempre dimenticati. Il Gismondi, esaminando la quistione del dolo specialmente sotto l'aspetto della distinzione tra oltraggio al pudore ed ingiuria, sostenne che vi sarà l'uno o l'altro reato secondo che vi sarà stata oppur no manifestazione di sessualità obbiettiva. E quindi nel caso di atto ingiurioso, *non determinato da impulso libidinoso*, ma che nella sua obbiettività si riferisca evidentemente a rapporti o fenomeni sessuali, adottò la teorica della prevalenza, la quale porta alla punibilità per oltraggio al pudore.

Evidentemente la teorica è molto diversa da quella del Carrara, la quale nel caso esaminato dal Gismondi avrebbe portato all'esclusione del delitto d'oltraggio al pudore appunto per mancanza di intenzione libidinosa. A tale conseguenza giunge infatti logicamente il Pappagallo (1), il quale afferma che « l'atto osceno posto in essere a fine d'ingiuria offende la decenza, non la pudicizia », e, se commesso in pubblico, dà materia non al delitto di cui all'art. 338, ma alla contravvenzione all'art. 490 in concomitanza della violazione dell'art. 395 cod. pen.

Tuttavia il Pappagallo per ricondurre la formula del Gismondi a quella dell'impulso lussurioso, negò la possibilità pratica di atti o fenomeni sessuali, che siano sforniti di finalità lussuriosa, sostenne che non è concepibile in natura un atto sessuale senza finalità sessuale. Negando però l'esistenza di atti sessuali soltanto obbiettivamente, egli dimenticò che la larga ripercussione della sessualità sull'intera vita dell'uomo tende a far servire certe manifestazioni sessuali a fini diversi da quelli che la loro natura stava ad indicare. Certamente vi

(1) Op. cit., n. 22 e 25.

sono atti che per loro intrinseca natura non possono non essere accompagnati da finalità lussuriose, ma esistono pure atti osceni, i quali, al pari delle espressioni oscene, possono essere compiuti da uomini non collocati certamente molto in alto nella scala della moralità, ma appunto perciò pericolosi, non collo scopo di sfogare appetiti sessuali, ma unicamente allo scopo d'ingiuriare. Tale il caso che rilevasi da una notevole sentenza della Cassazione (1), nella quale fu precisamente ritenuta la tesi opposta a quella sostenuta dal Pappagallo, e cioè che non dovesse rispondere della contravvenzione di cui all'art. 490, ma di oltraggio al pudore, un tale che, dopo aver ingiuriato alcune donne, aveva loro mostrato i genitali dicendo: prendetevi questo.

Per simili casi mal si adatta la teorica del movente lussurioso, la quale porterebbe a punire quali semplici contravvenzioni alla decenza, atti che pure rivelano una completa disorganizzazione del sentimento del pudore e l'intenzione precisa di arrecare gravissima offesa al sentimento stesso, che specialmente nella donna è tanta parte dell'onore.

**36.** L'accenno alle varie teoriche costruite sull'elemento morale del delitto di oltraggio al pudore già valse a dimostrare la necessità di richiamare i principii generali sull'elemento intenzionale fissati dal nostro legislatore nell'art. 45 e dimenticati pur troppo sovente dai commentatori nella ricerca affannosa di un dolo specifico per ogni singolo reato. La distinzione tra dolo specifico e dolo generico, nata sotto antiche leggi penali, ripudiata oggi dalla scienza, non trova alcun fondamento nel codice nostro e non corrisponde ad alcuna necessità

(1) Sent. 14 maggio 1890, *Riv. pen.*, vol. 32, pag. 268 e nota.

od utilità pratica. « Il dolo generico non ha senso, disse il Lucchini (1), se non in quanto diventa specifico in relazione ad ogni reato ed a ciascun elemento che lo integra; la volontà deve essere determinata in rapporto al diritto che è preso di mira dall'agente e perciò il dolo va considerato specificatamente in rapporto a ciascuna specie criminosa ». Pertanto la locuzione « dolo specifico » può essere accettata soltanto come applicazione dei principii generali del dolo ad un determinato reato, non come contrapposizione ad un preteso dolo generico. Potrebbe bensì la locuzione « dolo specifico » avere un senso, qualora si usasse soltanto, come alcuni fanno (2), sebbene con poca esattezza scientifica, per esprimere l'intenzione diretta ad un determinato evento, che la legge richiede per la sussistenza di alcuni delitti. Però in tali casi il legislatore ebbe cura di esprimere la necessità di quella condizione con parole adatte, come *fatto diretto a...* (art. 106 cod. pen.), *a fine di...* (art. 144, 235, 255, 340 ecc.). Tali espressioni mancano completamente nell'art. 338 per il quale quindi invano si ricerca un elemento intenzionale specifico o meglio speciale, come ad esempio il fine di libidine.

Nè hanno miglior fondamento le altre accennate distinzioni del dolo, le quali non sono neppure intese da tutti allo stesso modo e sono perciò fonte pur esse di equivoci. Basti accennare che,

(1) *Riv. pen.*, XXXIX, pag. 517.

(2) Altri adottano invece la denominazione di dolo determinato per tale ipotesi (Pola, *Il conato*, *Giur. pen.*, 1905). Ad ogni modo le espressioni sono inesatte, perchè anche in tali casi i principii generali sul dolo trovano infatti applicazione. La legge richiede soltanto uno speciale movente a delinquere, una condizione, che del resto offre quasi sempre il criterio distintivo tra delitti eguali sotto l'aspetto obbiettivo.

mentre il Carrara denominava *dolo determinato* quello costituito dalla intenzione diretta, la quale sussiste quando l'effetto reo si volle e si previde dall'agente e *dolo indeterminato* quello costituito dalla intenzione indiretta positiva, che esiste quando l'effetto reo non si volle, ma si previde e si vollero tuttavia i mezzi (1); tale distinzione corrisponde oggi nella prevalente dottrina (2) a quella fra dolo *diretto* ed *indiretto*.

E per *dolo determinato* intendesi la volizione diretta ad un solo evento; per dolo *indeterminato* la volizione diretta a parecchi eventi delittuosi e che, secondo una formula d'uso, *determinatur ab exitu* (3). Però giustamente l'Impallomeni ritiene trattarsi qui di due specificazioni del dolo diretto (4). Non mancano poi altre e più complicate interpretazioni di tali sottili distinzioni, confuse persino l'una coll'altra da scrittori e da sentenze (5).

Giustamente pertanto le ripudia la scienza, la quale ritiene che nel dolo indeterminato il delitto sia voluto come in quello determinato. L'Impallomeni dopo tale affermazione, confermata dall'autorità della prevalente dottrina tedesca (6), continua a dimostrarne il fondamento, ricorrendo ai principii più universalmente accettati dalla moderna psicologia e soggiunge: « colui che sa di poter cagionare un evento e agisce colla coscienza di cagionarlo, vuole l'evento stesso. Altrimenti si verrebbe a credere che la volontà stesse indipendentemente dalla coscienza. La volontà consta di due elementi; dei

(1) Carrara, *Programma*, parte generale, § 70.

(2) Majno, *Commento*, n. 171; Impallomeni, *Reati contro le persone*, n. 141.

(3) Majno, ivi; Impallomeni, ivi.

(4) Ivi.

(5) Ad esempio Pappagallo, op. cit., n. 2.

(6) *Delitti contro le persone*, nel *Trattato completo* edito dal Vallardi, vol. II, parte 2., pag. 142.

*motivi* che spingono all'azione e del *fine*, che è la coscienza di conservare i movimenti in vista di un risultato. Ora nel dolo indeterminato, oltre all'identità dei motivi, vi è la stessa coordinazione dei movimenti al risultato criminoso e la stessa coscienza di raggiungerlo, che esiste nel dolo determinato ». Ciò che l'Impallomeni afferma per il dolo indeterminato, è vero anche per il cosidetto dolo indiretto, al quale più specialmente si adatta l'affermazione dell'autore e cioè, che chi sa di poter cagionare un evento, ed agisce colla coscienza di raggiungerlo, usando i mezzi necessari, vuole l'evento stesso. Il legislatore nostro, che si tenne generalmente lontano dalle astrazioni scientifiche, ripudiò egli pure, espressamente colla prevalente dottrina, le distinzioni scolastiche tra dolo diretto ed indiretto (1); le quali quindi mal a proposito si vogliono ora porre a base di teoriche sul dolo. La repressione penale, osserva giustamente il Maino (2), non può essere data in balìa a distinzioni scolastiche; nè misurata alla stregua di sottigliezze che per nulla modificano la perversità del delinquente.

**37.** Occorre pertanto, come dicevamo, ritornare alle sole distinzioni che possono avere un valore pratico nella presente controversia, nella quale, è bene tener sempre presente, si tratta di stabilire quale sia l'elemento intenzionale del delitto di oltraggio al pudore in confronto sopratutto della corrispondente contravvenzione di atti contrari alla decenza.

Si potrà dissentire sull'opportunità di distinguere le contravvenzioni dai delitti (3), ma non si può

---

(1) *Verbali Comm. Rev.*, v. X, pag. 137 e seg., e Verbale XLII, pag. 842 e seg., ed. uff.

(2) *Commento*, n. 171.

(3) Negano che fra delitto e contravvenzione esista

negare alla scuola italiana il merito di aver dato della contravvenzione un concetto organico quando, ripudiando il criterio della penalità adottato dalla scuola francese e quello sostenuto dalla scuola toscana, che nella contravvenzione ravvisava un reato di *mera creazione politica*, riconobbe invece nelle contravvenzioni reati di natura sostanzialmente identica ai delitti per la volontà dell'azione, l'obbiettività giuridica, l'allarme sociale. « Il delitto, — diceva il Lucchini in un memorabile scritto, che fu certo tenuto presente dal legislatore nostro (1), — infrange un dovere specifico e lede effettivamente e potenzialmente un diritto determinato ed organico, la contravvenzione viola invece un dovere generico, espone soltanto a pericolo indeterminatamente un diritto ». Parole poco diverse si leggono nella Relazione ministeriale (2), e si citano sempre quando si parla della distinzione tra delitti e contravvenzioni. Certamente, come notò prima il Longhi (3), la distinzione tra lesione di un diritto e violazione di un semplice

differenza alcuna vari autori tedeschi, come Geib, *Lehrbuch*, II, pag. 182; Stubel, *Ueber gefärliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen;* Heffter, *Lehrbuch*, § 31; ed anche vari scrittori olandesi citati da Von Swinderen, *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays Bas*, vol. I, 1891, pag. 123 e seg. — Fra noi il Ferri (*Sociologia criminale*, IV ed., pag. 131 e seg.) sostiene che dal punto di vista giuridico-sociale non esiste tra delitto e contravvenzione che una differenza di grado. Avvertiamo che la presente trattazione si limita ad esporre ed interpretare il diritto positivo vigente e non può perciò applicare su questo punto, come del resto anche su altre questioni, quelle teoriche, le quali tendono a dare alla legge un fondamento diverso dall'attuale.

(1) *Giustizia e polizia*, *Riv. pen.*, vol. XX, pag. 98.

(2) § 14.

(3) *Criteri differenziali tra delitti e contravvenzioni*, *Giur. it.*, 1899, II, col. 289.

precetto di pericolo o lesione potenziale, non è precisamente giuridica, perchè l'infrazione ad una norma stabilita per legge importa sempre la lesione di un diritto, e perchè effettivamente molte fra le contravvenzioni previste nel libro III del codice offendono veri diritti, e tra esse il Longhi stesso cita la mostra di nudità invereconde, che offende il diritto alla pubblica decenza. Ad ogni modo pur accettando la nozione più larga che del reato contravvenzionale dà il Longhi, comprendendovi cioè « tutte le infrazioni di norme di carattere preventivo, amministrativo e fiscale », certo è che la distinzione tra delitto e contravvenzione deve poi essere integrata, come già abbiamo osservato, coll'elemento soggettivo. La contravvenzione cioè, sia perchè ha generalmente fini di prevenzione, sia perchè viola in ogni caso norme di ordine amministrativo o fiscale, le quali non sono assolutamente essenziali per la vita della società e dell'individuo, non consiste che in una semplice e formale disobbedienza (1), non dettata da malvagia intenzione, ad un precetto dettato dal legislatore per tutelare più efficacemente una sfera di diritti o di convenienze sociali. L'intenzione dell'agente si deve perciò ricercare soltanto in relazione all'atto che trasgredisce il precetto legislativo, in relazione cioè a quello che la scuola chiama l'elemento materiale *soggettivo* del reato, mentre nel delitto va considerata anche in relazione all'effetto, alla lesione del diritto che ne è la conseguenza necessaria, e cioè in relazione all'elemento *oggettivo*. « Nelle contravvenzioni cioè, come leggevasi nella formula proposta dalla Commissione di revisione per il capoverso dell'art. 46 del progetto (attuale art. 45), ciascuno risponde della sua azione od omissione, ancorchè non abbia voluto nè sia av-

(1) Listz, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, § 15.

venuto l'effetto che la legge intende di prevenire » mentre invece l'effetto deve essere voluto nel delitto.

Tale criterio di distinzione, sotto l'aspetto intenzionale, tra delitti e contravvenzioni, che meglio appariva forse nel progetto e specialmente nella formula proposta dalla Commissione di revisione, ma che appare pure con sufficiente chiarezza dal confronto tra la prima parte ed il capoverso dell'art. 45 del codice, è il solo che possa valere per distinguere il delitto di oltraggio al pudore dalla contravvenzione parallela per atti contrari alla decenza.

Per la sussistenza del delitto è quindi necessario che l'agente abbia voluto l'offesa al diritto che la società ha di veder rispettato il pubblico pudore; abbia in altri termini, e per usare l'espressione dell'articolo 45, voluto il fatto che costituisce il delitto. E tenendo conto delle notissime illustrazioni della relazione al re (1), dalle quali appare che nel concetto del legislatore la volontà non è altro che l'intenzione intesa come « sforzo della volontà verso un certo fine » (2) e che per *fatto* devesi intendere così l'operare dell'agente come l'effetto prodotto con tutti gli elementi costitutivi del reato, ne deriverà che per la sussistenza del delitto d'oltraggio al pudore dovrà l'agente aver avuto « l'intenzione di arrecare offesa al pudore con atti commessi in luogo pubblico od esposto al

(1) n. XXV.

(2) Così Carrara definisce l'intenzione (*Programma*, parte gen., § 63). La relazione al re dichiarando che per *volontà* si deve intendere « tutta l'attività intellettuale che si determina e si *rivolge ad un dato evento*, col presupposto della scienza e coscienza delle circostanze nelle quali e per le quali la volontà si determina », viene in fondo a dare della volontà la stessa definizione che il Carrara dava dell'intenzione.

pubblico » o con formula sintetica « l'intenzione di offendere il pubblico pudore ».

Diciamo *pubblico pudore* appunto per precisare meglio come si tratti non del sentimento individuale, ma del diritto che la società ha d'impedire che si commettano oscenità in luogo dove possano essere vedute da chiunque. Così l'elemento intenzionale si collega anche coll'elemento obbiettivo essenziale, quello della pubblicità, che deve essere voluta dall'agente. Per affermare invece la responsabilità per atti contrari alla decenza non occorre che l'agente miri ad offendere la decenza, ma basta che abbia volontariamente commesso gli atti che nei loro risultati riescono contrari alla decenza.

**38.** Accettiamo così la teorica dell'intenzione di offendere il pudore, correggendo però quanto ha di assoluto nella tesi accolta dai suoi sostenitori. Infatti essi, pretendendo un'intenzione diretta ad offendere il pudore degli astanti, vengono, secondo osservammo (1), a stabilire come essenziale per la sussistenza del delitto un'intenzione, che non sta in rapporto coll'elemento obbiettivo del reato, ma lo sorpassa. Essi, mentre ammettono che la legge abbia inteso punire anche le offese potenziali, o non effettive, arrecate al pubblico pudore, vogliono poi per la punibilità un'intenzione diretta non ad un'offesa possibile, ma ad un'offesa effettiva. Tale contrasto tra la materialità e l'intenzionalità del delitto è tolto, quando si intenda correttamente la formula dell'intenzione di offendere il pubblico pudore, si intenda cioè per pubblico pudore il diritto della società d'impedire oscenità in luogo pubblico.

Nè si dica che così l'elemento intenzionale si riduce ad un'astrazione non possibile nella pra-

(1) Vedere sopra n, 34.

tica, poichè non ha il delinquente la concezione esatta di questo sentimento del pudore, sul quale pur tanto si discute da psicologi e giuristi, mettendone in dubbio persin la sussistenza od almeno la ragion d'essere. Certamente se si pretendesse in colui, che commette in luogo pubblico un atto osceno, la coscienza esatta del sentimento complesso del pudore, si dovrebbe cancellare l'oltraggio al pudore dal novero dei delitti. Ma altro è provare un dato sentimento, od una tendenza verso un sentimento, e mirare ad offenderlo, altro la nozione chiara del sentimento o della tendenza. Tutti sono capaci di provare, i filosofi soltanto di analizzare i sentimenti. D'altronde, ha forse il ladro il concetto esatto del diritto di proprietà, ha forse il delinquente di qualsiasi specie le nozioni teoriche dei diritti, dei sentimenti che egli offende? Se tali nozioni teoriche si pretendessero dai delinquenti, bisognerebbe ricercare i delinquenti soltanto tra i filosofi. Certo è che il pudore, e l'abbiamo detto sul principio di questo studio, è tendenza innata nell'uomo socievole, è sentimento generalmente inteso e l'offesa che ad esso si arreca è quindi sentita dall'uomo normale, come è sentita l'offesa arrecata al diritto di proprietà, al diritto alla vita, ed agli altri diritti che la legge protegge colla minaccia d'una pena.

L'intenzione di offendere il pudore è quindi possibile, come è possibile l'intenzione di arrecare offesa a tutti quei diritti. Certamente, come accanto all'intenzione di uccidere, stanno nell'omicida i motivi infinitamente vari che possono indurre un uomo a togliere la vita ad un altr'uomo, così accanto, e precedente anzi, all'intenzione di offendere il pudore stanno nell'oltraggiatore i moventi a delinquere e sono generalmente il fine di soddisfare la propria o l'altrui libidine ovvero il fine d'ingiuriare. Ma l'esistenza di speciali moventi a

delinquere non distrugge, anzi può valere a dimostrare l'esistenza di un'intenzione più immediata di arrecar offesa al sentimento del pudore. Non si deve insomma confondere l'obbiettività ideologica del reato colla sua obbiettività giuridica.

Così si spiega come siasi, e giustamente affermato che vi sono atti nei quali è insita, per così dire, l'intenzione di offendere il pudore. Tali sono tutti gli atti che tendono alla soddisfazione del senso genetico, così colla congiunzione carnale (1), come in modo qualsiasi diverso (2). In tali casi non esiste soltanto nell'uomo normale la coscienza di arrecare offesa al pudore, ma l'azione è compiuta in conformità di tale persistente coscienza.

Esiste quindi l'intenzione in questi casi di arrecare offesa al pudore. La segnalata stretta unione tra coscienza e volontà si appalesa qui con singolare evidenza. I sostenitori di un'intenzione diretta di offendere il pudore degli astanti vengono a scindere quei due termini, come li scindono i sostenitori della semplice coscienza, poichè vengono in conclusione ad affermare che colui, il quale vuol commettere e commette in pubblico un atto, che tende al soddisfacimento del senso genetico, ed avendo coscienza di arrecare offesa al pudore agisce tuttavia in conformità di tale coscienza, possa non aver voluto tale offesa. La formula dell'intenzione di offendere il pudore, correttamente intesa, evita

(1) Cass., 29 novembre 1900, *Cass. un.*, XII, 356; 24 aprile 1903, *Riv. pen.*, LVIII, 758.

(2) Cass., 15 gennaio 1891, *Cass. un.*, II, 186; Cass., 8 febbraio 1892, *Foro pen.*, anno I, massimario pag. 59; Cass., 20 gennaio 1891, *Cass. un.*, II, pag. 124; Cass., 19 novembre 1891, *Corte Supr.*, anno XVI, pag. 360, la quale ultima afferma quanto si sostiene da noi e cioè che « allorquando l'atto è estrinsecamente osceno e fu commesso a scopo impudico, è insito l'elemento intenzionale », 17 febbraio 1899, *Riv. pen.*, XLIX, 427.

così gli inconvenienti che giustamente si rimproverano alla formula identica, quale fu intesa sinora dalla dottrina, inconvenienti che giustamente la facevano ripudiare dalla giurisprudenza, che non poteva lasciar impuniti atti, i quali certamente rivelano nei colpevoli grave disorganizzazione del sentimento del pudore. E si comprende quindi come la giurisprudenza, stretta dalla necessità di punire quegli atti, accettasse la teorica più rigorosa della semplice coscienza, la quale, se era inesatta, appariva però abbastanza soddisfacente per quei casi, e sono i più comuni, nei quali la coscienza non si può scompagnare da una vera intenzione impudica.

Ma la teorica perdeva però ogni possibilità di pratica applicazione proprio quando una teorica si rendeva necessaria e cioè per gli atti che obbiettivamente non hanno caratteri ben definiti (1). Tali atti, come già osservammo, consistono generalmente in mostre di nudità invereconde, le quali possono essere compiute per molteplici motivi, che però possono essere raggruppati in due categorie distinte. La mostra del nudo può cioè essere commessa per noncuranza ovvero deliberatamente, ed in quest'ultimo caso generalmente per trarre da

(1) Il Vicini, infatti dopo aver affermato (n. 37) che allorquando l'atto è intrinsecamente osceno è inutile la ricerca dell'intenzione (ed in ciò siamo d'accordo) ed aver dichiarato che il dolo consiste nella volontarietà dell'atto, soggiunge: « Ma, quando invece manchi all'atto l'intrinseca ed univoca oscenità, ed esso possa avere una diversa interpretazione, *allora la ricerca dell'elemento intenzionale* diviene necessaria, e si avrà il reato le quante volte l'agente sia mosso dall'intendimento preciso di arrecar offesa al pudore altrui ovvero di sfogare un impulso libidinoso, ecc. ». Così si avrebbero tre teoriche del dolo, una per i casi normali, due per i casi dubbi.

essa un godimento sessuale (esibizionismo) ovvero più di rado collo scopo di ingiuriare. Per tutti tali casi la teorica dell'intenzione di offendere il pudore offre invece una soluzione logica e sicura. Colui che mostra nudità per semplice noncuranza o negligenza, ad esempio bagnandosi nudo in acque pubbliche, non mira certamente ad arrecare alcuna offesa al pudore, sebbene in realtà possa arrecarla e possa anche avere la coscienza di arrecarla. L'esibizionista invece mira appunto ad offendere il sentimento del pudore, poichè egli trova nell'offesa a quel sentimento una fonte di godimento sessuale. Nè la predominante intenzione sessuale può valere per escludere l'intendimento di arrecare offesa al pudore.

L'una intenzione non esclude l'altra ed anzi l'impulso sessuale costituisce in tali casi l'indice più evidente di una intenzione impudica. La teorica del Carrara che fa consistere l'elemento intenzionale nel fine di libidine può quindi essere accettata per tali casi, sebbene essa presenti il grave inconveniente di confondere il dolo del delitto coll'obbiettivo ideologico del delinquente.

**39.** Tale inconveniente appare evidente allorquando la teorica si vuol applicare alla mostra di nudità invereconde ovvero alle oscenità eseguite allo scopo d'ingiuriare. Il caso, che è stato largamente discusso (1), non è tanto difficile a verificarsi nella pratica ed anzi la giurisprudenza ne offre un certo numero di esempi (2). In questi casi, mancando il fine di libidine, il Carrara ed

(1) De Rubeis, *Oltraggio al pudore o ingiuria*, *Suppl. Riv. pen.*, I, 123; Gismondi, scritto citato; Pappagallo, op. cit., n. 22.

(2) Cass., 14 maggio 1890, *Riv. pen.*, XXXII, 266; Cass., 11 giugno 1902, *Giust. pen.*, VII, 907; Cass., 17 dicembre 1903, *Giust. pen.*, X, 280.

i suoi seguaci (1) sono costretti a ravvisare nei fatti, pure talvolta gravissimi, semplici ingiurie, punibili a querela di parte. Ora è vero che in tali casi la mostra oscena della propria persona o della persona della donna, ovvero l'atto osceno mirano nell'intenzione di colui che li eseguisce specialmente ad arrecare un'offesa all'onore ed al decoro della donna. Ma non si può dimenticare che l'onore ed il decoro della donna consistono in gran parte nel pudore, e perciò l'offensore sceglie appunto l'offesa al pudore come mezzo di offendere efficacemente l'onore. Le due intenzioni sussistono qui l'una accanto all'altra, come nell'esibizionista sussisteva accanto al fine di libidine l'intenzione impudica, ed anche qui la prevalenza dell'intenzione d'ingiuriare non può far mutare il titolo del reato e far diventare semplice ingiuria un atto che, così materialmente come nell'intenzione dell'agente, è diretto ad offendere il pudore.

Per ingiuriare si scelse il mezzo di un oltraggio al pubblico pudore; un solo atto, compiuto con due intenzioni distinte, venne a violare due disposizioni di legge, e cioè l'art. 395 codice penale e l'art. 338, due diritti, l'individuale ed il sociale. L'autore dovrà a termini dell'art. 77, cod. proc., soggiacere alle pene da infliggersi per entrambi i reati, giacchè certamente l'atto osceno non si può considerare elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato d'ingiurie. Non è esatto affermare (2) che la lesione di due diritti, quello individuale e quello sociale, sia soltanto in apparenza, ma che in realtà uno sia il diritto manomesso, quello dell'individuo con la circostanza aggravante della pubblicità. La verità è che per offendere un diritto individuale si volle commettere

(1) Pappagallo, n 22.
(2) De Rubeis, op. cit., pag. 116.

un atto che offendeva contemporaneamente un diritto sociale. Quest'offesa si verificò e si volle, sia pure come mezzo soltanto. Qualora essa restasse impunita si verrebbero a distruggere le norme che per la connessione di reati il legislatore fissò nell'art. 77 del codice.

**40.** La giurisprudenza non ha in fondo seguìto praticamente concetti diversi da quelli esposti. È ben vero che non sempre i criteri furono enunciati esattamente e sopratutto non sempre le motivazioni delle sentenze si ispirarono ai criteri proposti, poichè anzi prevalsero sovente le comode giustificazioni offerte dalla teorica della coscienza dell'atto osceno (1), ma tuttavia le soluzioni dei vari casi pratici non possono dirsi errate di fronte a quella, che a noi sembra, la più corretta teorica. Nella maggior parte dei casi sottoposti al giudizio della Suprema Corte trattavasi infatti di atti che miravano direttamente allo sfogo del senso genetico, casi che non lasciavano luogo a dubbi, e pei quali anche la teorica della coscienza si adattava, come abbiamo osservato (2).

Ma quando casi dubbi si presentarono furono risolti quasi sempre esattamente. Già abbiamo accennato al caso di atto osceno commesso a scopo di ingiuriare, che si ritenne generalmente dalla Cassazione costituire oltraggio al pudore (3). Così nella mostra di nudità invereconde la giurispru-

(1) Vedere sentenze citate al n. 33, ed inoltre Cass. Roma, 26 febbraio 1890, *Riv. pen.*, XXXII, 611; 18 dicembre 1897, ivi, XLVII, 318; 18 gennaio 1894, *Foro it.*, II, 132; 16 marzo 1895, *Giur. pen.*, XV, 241; 21 marzo 1900, *Riv. pen.*, LI, 673; 15 maggio 1900, *Suppl. Riv. pen.*, IX, 108.

(2) Sopra n. 33, e Cass., 29 novembre 1900, *Riv. pen.*, LIII, 176; 13 marzo 1902, *Riv. pen.*, LV, 685.

(3) Sentenze citate n. 39.

denza ravvisò il delitto, soltanto quando la mostra era fatta a scopo libidinoso (1).

Anzi non mancano sentenze che fecero consistere nel fine di libidine l'elemento intenzionale del delitto (2). Sarebbe stato certamente più corretto affermare in tali casi l'intenzione di offendere il pudore, ma poichè questa era insita nell'intenzione libidinosa o, per usare una frase di una notevole sentenza (3), l'elemento morale poteva essere presunto per le circostanze del fatto, le decisioni sono sostanzialmente esatte.

Però non mancano decisioni nelle quali l'intenzione di offendere il pudore è enunciata esplicitamente come estremo morale del delitto. Già in una sentenza del 14 maggio 1890 (4) si affermava che « con la disposizione dell'art. 338 si è inteso punire gli atti inverecondi od osceni, commessi in luogo pubblico, *col pravo disegno di nuocere al pudore altrui* ». Questa ultima frase era impropria, ma il concetto che in essa si racchiudeva, venne perspicuamente espresso dalla citata sentenza 14 marzo 1898 (5), estesa dal Lucchini, del quale abbiamo già ricordata la parte avuta nei lavori preparatori. La motivazione di quella sentenza dobbiamo riferire testualmente, poichè la teorica, che noi abbiamo adottato, trova in quei consi-

(1) Cass. 6 febbraio 1892, *Corte Supr.*, a. 17, pag. 177; 15 settembre 1894, *Riv. pen.*, XL, 50; 21 febbraio 1895, *Riv. pen.*, XLI, 406; 28 dicembre 1895, *Riv. pen.*, XLIII, 321; 17 marzo 1902, *Suppl. Riv. pen.*, X, 372.

(2) 23 luglio 1901, *Suppl. Riv. pen.*, X, 48; 16 maggio 1899, *Cass. un.*, X, 1126; 21 marzo 1900, *Riv. pen.*, LI, 673; 14 marzo 1902. *Cass. un.*, XIII, 1063; 26 gennaio 1903, *Riv. pen.*, LVII, 431.

(3) 14 marzo 1898, *Riv. pen.*, vol. XLVIII, pag. 478 estensore Lucchini.

(4) *Riv. pen.*, vol. XXXII, pag. 268.

(5) Sopra nota n. 6.

derando un'esposizione compendiosa ed una dimostrazione evidente. Leggesi infatti: « A costituire l'elemento morale del reato deve richiedersi nell'agente l'*intenzione di recare offesa al pudore* con gli atti lubrici; poichè, se oggetto di questo delitto è appunto tale offesa, verrebbe meno il precetto dell'art. 45, ove se ne potesse riconoscere colpevole chi nel commetterli non avesse avuto *scienza* e *volontà* di offendere l'*altrui* pudore; e, ad esuberanza giova all'uopo ricordare le spiegazioni illustrative dell'art. 490 cod. pen., date dal ministro nella relazione del progetto al capitolo XCVII e del codice stesso (n. CXLII) e quelle che vennero scambiate in seno alla Commissione di revisione (verbale n. XXXIX) nell'intento, sebbene forse la lettera della legge non vi corrisponda pienamente, che non si supponesse per avventura richiesto (come si esprime la relazione al re) nel l'applicazione di tale disposizione, quell'elemento intenzionale, che è proprio dei delitti di oltraggio al pudore. Che però altro sia lo stabilire dal punto di vista intrinseco la necessità dell'*elemento morale,* altro sia l'accertarne dal punto di vista processuale, il concorso, il quale *può ben essere presunto,* fino a prova contraria, *dalle circostanze del fatto* ».

Queste ultime considerazioni specialmente meritano di essere segnalate, perchè valgono meglio d'ogni altro motivo a spiegare le apparenti dissonanze della giurisprudenza. Un solo appunto si può rivolgere alla motivazione di questa e dell'altra sentenza del 1890.

Sarebbe stato cioè preferibile, di fronte ad una corretta applicazione dell'art. 45 in relazione al 338, che non si fosse usato l'inciso *altrui* aggiunto a *pudore,* per non far credere che si pretenda per la sussistenza del delitto la presenza di persone. Però non basta quel suffisso per citare quelle sen-

tenze, come fa il Ridola (1), a sostegno della teorica che richiede pel delitto l'intenzione di offendere il pudore degli astanti. L'aggettivo deve essere cioè semplicemente inteso come accenno al pudore di ogni altra persona, che non sia l'agente, al pudore cioè pubblico.

Del resto l'intenzione di arrecare offesa al pudore pubblico trovasi espressa anche in sentenze posteriori (2). Anzi fu persino affermato che la semplice volontarietà dell'atto basta per la semplice contravvenzione, ma non per il delitto, pel quale occorre il dolo specifico (3), che non può essere altro se non l'intenzione di offendere il pudore.

**41**. Ad ogni modo la mancanza di un criterio esatto portò anche ad inesatte soluzioni. Non ci pare, ad esempio, ispirata a corretti criteri la sentenza 19 maggio 1891 (4), la quale ritenne non commettere oltraggio al pudore la guardia doganale che, allo scopo d'impedire la già minacciata dispersione del genere contrabbandato, pone le mani sotto le vesti della contrabbandiera. In quell'atto le cui conseguenze offensive pel pudore sono evidenti, avrebbe invece dovuto ravvisarsi, a parer nostro, un abuso di autorità commesso mediante oltraggio al pudore, e quindi due reati (art. 77 cod. pen.). Il Ridola (5) osservò a sostegno della tesi accolta dalla sentenza che il metter le mani sotto la gonna di una donna non è atto intrinsecamente osceno perchè non mette in mostra alcuna nudità invereconda. Contro tale

(1) N. 24, op. cit.

(2) Cass., 19 marzo 1902, *Suppl. Riv. pen.*, X, 392; Cass., 16 maggio 1899; *Cass. un.*, X, 1126; Cass., 2 febbraio 1901, *Suppl. Riv. pen.*, X, 192.

(3) Cass., 28 giugno 1901, *Giust. pen.*, col. 468.

(4) *Riv. pen.*, XXXV, pag. 51.

(5) Op. citata, pag. 366.

obbiezione già abbiamo osservato (1) che la mostra di nudità invereconde può invece non essere oscena, mentre l'atto commesso dalla guardia, toccava direttamente la sessualità ed era perciò offensivo del pudore.

Giustamente invece decise la stessa Suprema Corte, allorquando affermò che commette oltraggio al pudore la guardia di città, la quale, allo scopo di sorprendere in flagrante reato una meretrice, permette che essa scenda su di lui ad atti osceni (2). Nessun dovere d'ufficio, nessuno scopo anche più nobile, può legittimare tali offese scientemente arrecate al pubblico pudore.

Ma forse più gravi furono gli errori in cui cadde la giurisprudenza allorquando si trovò a decidere se il bacio dato in pubblico a donna consenziente o renuente costituisca oltraggio al pudore. Anzitutto il bacio di due innamorati, od in generale il bacio dato a donna consenziente, se può offendere gli occhi troppo pudichi di qualche vecchia zitella, non parmi si possa seriamente sostenere costituisca oltraggio al pudore. Il bacio è certo il primo approccio d'amore, poichè è il primo contatto fisico, tra due amanti, ma, se è delle lotte d'amore l'episodio più bello e soventi più intenso, rimane pur sempre circondato dalla maggior poesia, dalla maggior purezza.

Esso anzichè il contatto dei corpi, rappresenta quasi la fusione delle anime, e quindi non è soltanto espressione dell'amore sessuale, ma anche dell'affetto filiale e fraterno e della massima venerazione. Non è quindi atto intrinsecamente idoneo ad offendere il pudore perchè manca, come ben

(1) Sopra, n. 18.

(2) Cass., 10 ottobre 1894; *Corte Supr.*, vol XIX pagina 770.

osserva il Ridola (1), di quell'univocità che richiami ad un appetito libidinoso.

Nè l'intenzione di chi lo dà, e neppure la renuenza della persona che lo riceve, possono dare un diverso carattere obbiettivo al bacio, che rimane per sempre atto equivoco. L'intenzione di colui che compie un atto non può cambiarne la natura obbiettiva. Altrimenti si punirebbe il peccato, non il delitto. D'altronde l'intenzione non è diretta all'offesa del pudore pubblico, che non rimane in realtà offesa, ma alla lesione del pudore individuale. La punizione del bacio, dato a fanciulla renitente, con pene gravissime e persino colla morte, come *execrabile scelus*, appartiene appunto a tempi nei quali fra delitto e peccato non si distingueva (2).

Pure non mancano sentenze che nel bacio dato a donna reunente ravvisarono gli estremi del delitto di oltraggio al pudore (3), venendo così in fondo a richiedere per la sussistenza del delitto un elemento di violenza, che espressamente la legge e la natura del reato escludono, elemento che dovrebbe supplire l'inidoneità del mezzo ad offendere il pudore, riconosciuta concordemente dalla giurisprudenza del caso di bacio scambiato tra consenzienti.

In realtà chi dà un bacio a donna dissenziente può essere animato da fine di libidine, fine che però può suggerire anche atti più inno-

(1) Pag. 165, op. cit.

(2) Kempius, *De osculis dissertatio*.

(3) Cass. 4 dicembre 1900, *Suppl. Riv. pen.*, 9, 237 — ritenne gli estremi del delitto nel fatto di un bacio dato ad una ragazza la quale se ne adontò e proruppe in pianto « tanto più, disse la Corte, perchè a fine di matrimonio e nello scopo appunto di comprometterla ». Nello stesso senso il Trib. di Cagliari, 18 marzo 1902, *Riv. pen.*, 55, 710.

centi del bacio, e come questo inidonei ad offendere il pudore, ma egli sa sopratutto di arrecare all'onore della donna gravissima offesa e poichè tuttavia compie l'atto ingiurioso, dovrà rispondere d'ingiuria, qualunque sia stato il fine, al quale mirava.

Non mancano decisioni, le quali hanno accolta questa tesi. Infatti in una sentenza del 21 febbraio 1900 (1), giustamente si affermò che il bacio, dato non a scopo di libidine, ma per offendere l'onore ed il decoro, non costituisce oltraggio al pudore, ma ingiuria. In altra del 19 gennaio 1900 (2) in conformità delle idee esposte si ritenne che il bacio dato in pubblico ad una donna non costituisca *di per sè* oltraggio al pudore, ove non concorrano altri elementi che gli diano tale carattere (3).

## § 4.

### *Penalità.*

SOMMARIO.

**42.** Pene fissate dalle varie legislazioni; latitudine della pena.
**43.** Necessità di tener conto dello stato di mente dell'imputato.
**44.** Surrogati penali.

**42.** La pena per l'oltraggio al pudore con atti è fissata dall'art. 338 nella reclusione da tre a trenta mesi. Nel progetto era comminata la reclusione da quattro a trenta mesi, ma già nel testo proposto dalla sotto-commissione il minimo della pena era

(1) *Riv. pen.* II, pag. 525.
(2) *Cass. unica,* XI, 780.
(3) In senso conforme alle idee esposte vedere Andreotti Alfredo, *Il pudore codificato*, *Riv. di dir. pen.*, anno IV, pag. 166.

ridotto a tre mesi, forse più per una considerazione procedurale che di sostanza, e cioè perchè la pena restasse nei limiti della competenza di rinvio del pretore, determinata dall'art. 252 cod. proc. pen. Poco diverse sono generalmente le pene fissate dalle legislazioni degli altri paesi. Più severa della nostra è la legislazione francese che commina la prigione da tre mesi a due anni e l'ammenda da 16 a 200 franchi. Il massimo di due anni hanno pure il codice tedesco, l'olandese e quello del principato di Monaco, ed aveva il codice toscano. Un minimo poi di pochi giorni di carcere è comminato dal codice belga, da quelli del Canton Ticino, di Ginevra, di Basilea e di Zurigo. Il codice sardo pure colpiva il reato con pena mite, e cioè il carcere sino a sei mesi. Notevole è il codice di Zurigo per l'ampiezza grandissima della penalità, giacchè, mentre pei casi ordinari commina il carcere sino a cinque anni, nei casi gravi giunge fino a dieci anni di casa di lavoro.

L'ampiezza ordinaria della pena corrisponde del resto all'ampiezza nei limiti di gravità del reato. Da atti che arrecano lievissima offesa, anche potenziale, al pubblico pudore, come le intimità tra due amanti o due sposi in luogo pochissimo frequentato ovvero di notte, per i quali anche il minimo di tre mesi può riuscire talvolta eccessivo, si giunge agli atti di libidine più gravi, come ad esempio la Venere contro natura, per la quale giustamente si era proposto di stabilire un aggravamento di pena nei progetti Vigliani e Mancini. Non sono quindi fondate le accuse di severità mosse alla legge nostra (1), come non lo sarebbero quelle di eccessiva mitezza. L'ampiezza della misura della pena offre abbastanza bene il mezzo di commisurare la punizione alla gravità del reato. Se ciò in pratica

(1) Ridola, op. cit., pag. 354.

non avviene, si deve ascriverne la causa alla consuetudine ormai invalsa di applicare normalmente il minimo della pena, consuetudine che non è il caso di esaminare ora, ma che dipende da molteplici cause, non tutte facilmente eliminabili. La legge 26 giugno 1904 offre poi colla condanna condizionale il mezzo di provvedere a quei casi, veramente pietosi, che possono sorgere, come abbiamo accennato, a causa sovratutto del criterio rigoroso della pubblicità del luogo.

Il codice non ha contemplato nè aggravanti, nè minoranti speciali. Restano quindi applicabili soltanto le disposizioni generali. A parte lo stato di necessità, la legittima difesa e la provocazione, che saranno praticamente inapplicabili (1) potranno trovare frequente applicazione le disposizioni che escludono o diminuiscono l'imputabilità per ragione di età, sordomutismo, ubbriachezza piena o semipiena, e sopratutto per infermità o semi infermità di mente. Anzi quest'ultima causa di esclusione od attenuazione della responsabilità ha per l'oltraggio al pudore importanza speciale.

**43.** Scopo di questa trattazione è sopratutto lo svolgimento dottrinale e pratico delle disposizioni di legge che colpiscono di pena il reato di oltraggio al pudore nelle due accennate sue manifestazioni. Non possiamo tuttavia dimenticare gli insegnamenti dell'antropologia e della sociologia criminale. Già abbiamo osservato come non si possa assolutamente disconoscere su questo punto l'influenza degli studi psichiatrici, poichè quasi sempre, se non sempre, l'offensore del pubblico pudore è un uomo sessualmente anormale, o pervertito.

(1) Il Vicini (n. 80) trova applicabile la provocazione nel caso di oltraggio al pudore compiuto a scopo d'ingiurie; ma parmi che nessun impeto d'ira o di giusto dolore possa autorizzare a scegliere proprio l'atto osceno fra i tanti mezzi esistenti per ingiuriare.

L'uomo normale trova nel mistero, di cui si circondano generalmente i sacrifici a Venere, la fonte delle voluttà più pure e più forti. Compiere quindi pubblicamente quei sacrifici, sia perchè si tragga dalla presenza del pubblico un'eccitazione dei sensi, sia anche soltanto perchè non si consideri quella presenza come un ostacolo al godimento, significa sempre anormalità dell'istinto sessuale. L'esibizionismo ad esempio, e cioè la mostra degli organi sessuali eseguita a scopo di libidine, non può certamente essere considerato dall'uomo normale come una forma di godimento sessuale. Pure una gran parte delle offese al pubblico pudore viene appunto commessa da individui, che trovano nell'esibizionismo una fonte irresistibile di piacere sessuale, individui che purtroppo, se non sono affetti da forme cliniche di malattie mentali, come paralisi progressiva, demenza senile, parafrenia, sono certamente affetti da profondo e manifesto indebolimento mentale (1).

Però tal fatto non vale ad escludere, come osserva anche un positivista (2), la necessità, dati gli attuali sistemi penali, della repressione penale, la quale è anzi tanta più necessaria quanto maggior anormalità dalle tendenze sessuali comuni rivela il colpevole. Si potrà desiderare un avvenire nel quale si riconosca sempre o quasi sempre nell'autore di tali atti un malato di mente, da curarsi con metodi scientifici; ma di fronte allo stato attuale della scienza psichiatrica ed alle attuali leggi penali, soltanto nel caso di alienazione mentale di forma clinica, si potrà far luogo alla dichiarazione d'irresponsabilità. Negli altri casi però l'applica-

(1) *Il reato d'esibizionismo e le psicopatie sessuali*, Maiola-Arnaud; Borri, *Nozioni di medicina legale*, Milano, 1900, pag. 312.

(2) Pozzolini, op. cit., pag. 118.

zione della semi-infermità di mente potrà offrire sovente il mezzo di adattare la pena ad una responsabilità che certo non è quasi mai intera.

**44.** Il continuo aumento dei reati contro il buon costume (1) fra i quali l'oltraggio al pubblico pudore tiene un posto rilevante, è dovuto certamente in gran parte all'accrescimento continuo del numero degli affetti da infermità mentali, e quindi quasi sempre da anormalità sessuali. Però tale aumento della delinquenza, se in parte può anche essere spiegato colla maggior sorveglianza esercitata oggi dagli agenti della pubblica forza sui luoghi pubblici, trova tuttavia la sua principale causa nel carattere della civiltà moderna. Oggi, mentre la vita collettiva e sociale si va facendo sempre più intensa e tende con energia a scopi sempre più elevati, la vita dell'individuo si va concentrando tutta nell'intelligenza a scapito della volontà. Pare oggi che, mentre i nervi e quindi i poteri inibitori dell'individuo si vanno sempre più indebolendo, una forte corrente nervosa penetri la collettività e che alle forti coscienze individuali si vada sostituendo una forte coscienza collettiva. Sarà un bene per la società futura, ma è certo un male per la società presente, e sopratutto per la sua moralità sessuale.

Se si vuol porre un argine all'aumento della delinquenza contro il buon costume non basta colpire con pene carcerarie, di breve durata, e quindi inutili, i colpevoli, prodotti infelici di un ambiente viziato, ma occorre reagire contro l'ambiente e sopratutto contro l'indebolimento progressivo delle coscienze e volontà individuali. L'educazione della volontà è per la psicologia moderna positiva uno degli argomenti più importanti, ed i

(1) *Statistica giudiziaria penale per l'anno 1899*, pagine XVII, XXXIV, ecc.

suggerimenti che la scienza, ancor giovane, già dà (1), e che certamente darà più larghi in avvenire, saranno contro le aberranti tendenze sessuali rimedio efficace.

Ma un altro beneficio grandissimo verrà dalle nuove dottrine, le quali hanno ormai posto su basi indiscutibili il principio della stretta dipendenza della psiche dal cervello e dal fisico tutto dell'uomo. Esse hanno ormai dimostrato scientificamente i benefici di una sana, vigorosa educazione fisica sull'educazione della volontà. La vita sessuale stessa, dalla quale l'arte sprigiona tanta onda di poesia, mentre tanto, internamente, risente delle più basse miserie del corpo umano, è una dimostrazione evidente di quella verità. È quindi soltanto coll'elevazione fisica dell'individuo, la quale si potrà ottenere soltanto coll'elevazione sua economica, con un indirizzo positivo dell'educazione morale, che si può sperare in una popolazione avvenire, sessualmente forte, che dell'amore farà l'ideale più alto e sereno della sua esistenza.

Non è questo il campo per una trattazione completa di quelli, che il Ferri chiamò felicemente *sostitutivi penali*, in relazione al delitto di oltraggio al pudore. Abbiamo però accennato all'argomento perchè esso ha per questo reato la massima importanza pratica.

Per accennare ai rimedi abbiamo dovuto risalire alle cause, ed abbiamo così affermato come il delitto sia la conseguenza di speciali condizioni psichiche dell'individuo che lo commette, dovute sopratutto all'ambiente sociale in cui egli vive. Da tali condizioni non dovrà astrarre anche ora il giudice penale nell'esaminare la responsabilità degli offensori del pubblico pudore. Quindi se da

(1) Payot, *L'education de la volonté*, pag. 160, Alcan., Paris, 1895.

una parte egli dovrà affidarsi sovente al parere del perito medico-legale, che solo potrà accertare se l'autore del reato meriti, per le sue condizioni di mente, di vedere eliminata od attenuata la sua responsabilità, dall'altra egli non dovrà mai astrarre dall'ambiente sociale in cui vive il colpevole. Di fronte alla severità necessaria in certi casi che rivelano nel colpevole l'assoluta inadattabilità all'ambiente sociale, sarà necessaria sovente per coloro che non ebbero i benefici dell'educazione, che non hanno i conforti materiali dell'esistenza, e che furono tratti al delitto da violenti passioni, la massima mitezza e sopratutto la resistenza a quell'orrore, residuo atavico dell' orrore religioso d' un tempo, che il volgo ha pur sempre per i rei di peccati di carne. Molte volte per costoro che sono uomini normali nel resto, e che anzi sentono profondamente gli effetti della pena, varrà meglio la massima mitezza ed anche la condanna condizionale, anzichè una pena severa.

Ma sopratutto la considerazione dell'ambiente sociale in cui vive il delinquente, varrà al giudic per valutare esattamente l'esistenza obbiettiva di un'offesa al pudore. Fu già detto che il concetto del pudore è relativo, perchè le sue forme variano col tempo e coi luoghi. E perciò il legislatore non definì il pudore ed evitò ogni aggettivo che potesse dare del pudore un concetto preciso, sia pure corrispondente alla coscienza media moderna. Egli volle abbandonare il concetto del pudore a tutte le possibili sue modificazioni ed evoluzioni, ed in Italia dove per diversità climatiche ed etniche esiste tanta differenza di costumi tra regione e regione, non si dovrà mai dimenticare il precetto che sgorga dalla legge, e quindi determinare l'esistenza dell'offesa al pudore, e qualora esista, la sua gravità, in relazione all'ambiente ed al momento in cui l'atto fu commesso.

ESPOSIZIO

*Gener*



**45.** Se l
atti richi
nale per
al senti
che ess
more a
sacrific
in gen
suale
perfett
solitud
mentr
mali c
zione
seri a
lità c
quest
Per

pudore di donne e ragazzi è di rado offeso da atti commessi in pubblico, quotidiane aggressioni a quel sentimento arrecano numerosissime pubblicazioni, libri, stampe, fotografie, illustrazioni, ecc. E mentre la donna ed il giovane arrossiscono di fronte all'atto osceno, considerano sovente senza arrossire la pubblicazione o la figura oscena, leggono anzi talvolta avidamente il libro che spiega loro tutta la vita sessuale in ciò che ha di più brutto e di anormale.

Così il veleno s'infiltra copertamente, lentamente, aiutato dalla magica suggestione della tecnica artistica, e quindi invade man mano e conquista il cuore e la mente del giovane, che sente sempre minor inclinazione per la vita matrimoniale, della fanciulla, che soventi conserva per il talamo nuziale soltanto la verginità fisica. Così il pornografo, come ben disse Max Nordau (1) inquina le fonti dalle quali sgorga la vita delle generazioni future. In questa grave offesa, che il pornografo arreca all'istinto genetico, offendendo il pudore, che ne è efficace presidio, sta il fondamento della pena colla quale tutte le leggi moderne lo colpiscono.

Già abbiamo altrove dimostrato (2) come anche il pornografo offenda il diritto che la società ha di veder rispettato il pubblico pudore.

Nè si può affermare che le pubblicazioni od esposizioni oscene producano soltanto un pericolo di danno individuale o sociale, di fronte all'enorme diffusione che hanno acquistata oggi la stampa e le arti figurative. Lesione di un diritto e danno effettivo, o per lo meno potenziale determinato, concorrono nella pubblicazione od esposizione oscena,

(1) *Degenerazione*, vol. II, pag. 536, traduzione Oberosler.

(2) Vedere sopra n. 8.

che giustamente viene da quasi tutti i codici moderni considerata come un delitto.

**46.** La necessità di punire le pubblicazioni oscene non poteva nascere prima che l'odierno sviluppo dei mezzi di riproduzione del pensiero e della figura, congiunto al progresso della coltura letteraria, non avesse trasformato in pericolo sociale, ciò che prima costituiva un pericolo soltanto per pochi individui. Per la tutela di costoro la Chiesa, che imperava assoluta in materia di stampa, poteva col mettere all'indice le stampe oscene impedirne la diffusione e colpirne efficacemente l'autore. Ma altro temeva la Chiesa dalla stampa, perchè potesse pensare a colpire le pubblicazioni oscene, delle quali pare si dilettassero anche sacerdoti e prelati.

Da una legge della rivoluzione, da quella stessa legge del 19-22 luglio 1791, nella quale si vogliono vedere in embrione anche gli elementi del delitto di oltraggio al pudore con atti (1), il delitto di esposizioni e pubblicazioni oscene ripete l'origine sua. Si contemplava nell'art. 8 di detta legge una sola delle varie ipotesi, nelle quali il delitto può consistere, e cioè l'esposizione o vendita d'immagini oscene, e la si considerava assieme all'attentato al pudore femminile, ma già si aveva veramente, e non soltanto in embrione, il delitto quale oggi si concepisce nelle più moderne legislazioni, nelle quali la fattispecie e la stessa espressione della legge del 1791 sono pure rimaste.

Le leggi successive in Francia non hanno dato del delitto una nozione diversa, ma soltanto hanno via via contemplato e punito altre fattispecie. Così nel codice del 1810 l'art. 287 già contemplava « toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bon-

(1) **Sopra n. 6.**

nes moeurs »; ma sfuggivano ancora alla repressione penale varie forme di pubblicazioni oscene, e fra esse principalissime le pubblicazioni a stampa, che non contenessero oscenità sotto forma di *chansons* o *pamphlets*.

Colla legge sulla stampa del 17 maggio 1819 si provvede alla lacuna e nello stesso tempo si inizia il movimento, che in Francia ha portato all'elimi nazione di questo reato dal codice, per porlo inte ramente sotto l'impero delle leggi sulla stampa. L'art. 8 della legge del 1819 puniva l'oltraggio al buon costume commesso con uno dei mezzi indicati nell'art. 1.°, e cioè *paroles*, *ecrits*, *imprimés*, *déssins*, *emblèmes placards*. In seguito la legge sulla stampa del 29 luglio 1881 continuò a contemplare e punire gli oltraggi al buon costume, denominazione riservata più specialmente in Francia per le pubblicazioni ed esposizioni oscene. Quella legge (1) distinse tra gli oltraggi commessi per mezzo di disegni, incisioni, pitture, emblemi od immagini e quelli commessi mediante ogni altro mezzo di pubblicità. I primi deferì alla competenza della Corte d'assise e sottopose alle regole tutte speciali dei reati di stampa. Per i secondi invece stabilì la competenza dei tribunali correzionali ed ammise il sequestro preventivo del corpo del reato. Per rimediare però all'insufficienza di queste disposizioni, afferma il Garraud (2), una legge del 2 agosto 1882, modificata e completata poi da altra del 16-12 marzo 1898, fece rientrare nel diritto comune gli oltraggi al buon costume commessi con ogni mezzo di pubblicazione diversa dal libro e dalla parola. Così per questi ultimi rimase in vigore la legge del 1881, mentre le pubblicazioni oscene, a mezzo

(1) Art. 28.

(2) Op. cit., vol IV, pag. 449. Dal Garraud sono tolte le notizie sulla legislazione francese.

di scritti, stampati diversi dal libro, affissioni, incisioni, pitture, emblemi, oggetti o immagini, sono contemplate e represse della legge del 16-28 marzo 1898.

**47.** Mentre in Francia tutto il movimento legislativo è dominato dal concetto di separazione assoluta tra diritto e morale e quindi considera reato le pubblicazioni oscene soltanto perchè offendono il pubblico pudore (1), in Germania il legislatore è dominato da un opposto concetto di confusione tra morale e diritto e si propone lo scopo di impedire l'infiltrarsi della corruzione nelle masse (2). Tale scopo che già appariva da alcune disposizioni del codice (3) fu apertamente proclamato, allorquando il celebre processo Heinze, rivelatore di scandali gravissimi della vita aristocratica di Berlino, suggerì all'imperatore il celebre rescritto col quale presentava un progetto di legge ispirato ad eccessivo rigore contro le pubblicazioni offensive del pudore. Il progetto, che era lesivo dei diritti dell'arte e della scienza, ebbe la virtù di riunire per qualche tempo le forze tutte liberali del Reichstag nella lotta contro la reazione.

I liberali ricorsero persino all'ostruzionismo ed alla fine trionfarono. Il progetto cadde, ma in seguito, eliminate le disposizioni più rigorose, fu approvato e divenne la legge del 25 giugno 1900, la quale è pur sempre la più rigorosa fra le leggi europee sulla materia.

L'art. 184 del codice per l'impero puniva « chi

---

(1) La stessa azione legislativa diretta a far passare la repressione dal codice penale alle leggi sulla stampa è indice evidente dei concetti dominanti.

(2) Berner, *Trattato di dir. pen.*, trad. Bertola, pagina 374.

(3) §§ 171 a 184, e specialmente 175, 183. Il titolo stesso della sezione *Crimini e delitti contro la moralità* indica lo scopo che si propone il legislatore.

vende, distribuisce od altrimenti diffonde scritti, stampe od immagini oscene, od espone le stesse in luoghi accessibili al pubblico, con multa fino a 300 marchi o col carcere fino a sei mesi ». La legge del 1900 modificò così l'articolo: « Col carcere sino ad un anno e colla multa sino a mille marchi, o con una sola di queste pene, è punito:

1.° chiunque offre in vendita, e vende o diffonde stampe od immagini oscene, le espone in pubblico, oppure ve le affigge, o in altra maniera le produce o mostra allo scopo di diffonderle, o ne tiene provvista, o le annunzia e raccomanda allo stesso scopo;

2.° chiunque offre in vendita o fornisce stampe, scritti o immagini oscene a minore di anni sedici;

3.° chiunque espone in luoghi aperti al pubblico oggetti destinati ad uso immorale oppure li annuncia al pubblico o li raccomanda;

4.° chiunque emette pubblici annunzi diretti a favorire relazioni immorali.

« Alla pena del carcere può aggiungersi la perdita dei diritti onorifici ed anche la vigilanza speciale della polizia ».

Non parve bastassero il rigore e le minute specificazioni dei casi, contenute in tale articolo, perchè la legge del 1900 aggiunse due altri articoli, l'articolo cioè 184 *a*, che punisce col carcere sino a sei mesi e con multa sino a 200 marchi chiunque offre in vendita o vende a minore degli anni sedici scritti, stampe od immagini che senza essere oscene, offendono grossolanamente l'altrui pudore; e l'art. 184 *b* che colpisce colla stessa pena chiunque pubblicamente rende conto di dibattimenti giudiziari nei quali fu esclusa la pubblicità, per ragioni di moralità, ovvero di atti relativi a questi dibattimenti che possano produrre scandalo.

Si puniscono inoltre non soltanto gli autori, edi-

tori, stampatori e rivenditori, ma anche i critici, quando la critica sia scritta allo scopo di aumentare la diffusione del libro. In complesso la legislazione germanica appare notevole per la cura minuziosa usata nel prevedere tutta la casistica possibile in questa materia, per la severità delle pene e sopratutto perchè si propone e dichiara espressamente di voler colpire anche le semplici offese alla morale.

**48.** La confusione tra morale e diritto non è del resto soltanto caratteristica della legislazione germanica, ma appare, sebbene in grado minore, in quasi tutte le legislazioni moderne. Generalmente si punisce chi vende, distribuisce o diffonde od espone scritti od immagini impudiche, senza richiedere nè la condizione dell'oscenità, nè quella, più importante ed anzi essenziale, della pubblicità.

Così il codice di Basilea colpisce di pena « chiunque vende, distribuisce o diffonde scritti od immagini impudiche » (art. 48); quello di Appenzel « chiunque diffonde scritti, immagini impudiche e simili » (art. 104); quello di Friburgo « chiunque vende, distribuisce o diffonde scritti, immagini e figure oscene e contrarie ai buoni costumi » (articolo 393); quello belga « chiunque espone, vende o distribuisce *chansons, pamphlets*, o altri scritti stampati o no, figure od immagini contrarie ai buoni costumi » (art. 383). Il codice olandese, richiede l'oscenità della figura o scritto, ma non la pubblicità, ed anzi punisce anche chi ha in magazzino una provvista di tali oggetti per la diffusione (articolo 240). Non mancano poi codici che richiedono per l'incriminazione la semplice *immoralità* dello scritto od immagine. Tali sono il codice di polizia di Obwalden art. 105 dei Grigioni, art. 21, ed altri codici svizzeri. Il codice spagnuolo commina la multa da 125 a 1250 *pesetas* a chi esporrà, o

sosterrà per mezzo della stampa o con scandalo, dottrine *contrarie alla morale pubblica* (art. 457). Ed il codice svedese richiede l'attitudine dello scritto od immagine ad offendere il pudore o la moralità (§ 13). Ispirata agli stessi criteri è la legislazione inglese, la quale non soltanto non richiede l'oscenità dell'oggetto, nè la pubblicità, ma, come l'olandese, colpisce di pena anche la semplice detenzione in magazzino di libri od oggetti osceni per la vendita ed autorizza perciò perquisizioni. Anzi la legge del 1889 giunge persino al dichiarare passibili di pena coloro che diffondono avvisi stampati per cura di malattie vergognose!

Nè hanno un diverso carattere quei codici, che contemplano con unica disposizione e puniscono ugualmente l'oltraggio al pudore con atti e l'oltraggio commesso con oggetti osceni (1). Così il codice austriaco, non richiede l'oscenità del disegno, figura o stampato, ma la sempliche indecenza e pone poi, così per gli atti come per gli oggetti, la condizione del pubblico scandalo. Considera inoltre come contravvenzione l'offesa al pudore commessa con disegni, figure od atti e come delitto la stessa offesa commessa mediante stampati (§ 516). Il codice zurighese poi punisce alla stessa stregua colui che con atti di libidine cagiona pubblico scandalo e colui che coopera alla diffusione o pubblicazione di scritti, immagini o disegni osceni (art. 123).

La pubblicità è considerata come caratteristica essenziale del reato da pochissime legislazioni. Ed anzitutto dal codice ungherese che dichiara colpevole di delitto contro il pudore chiunque espone, vende e diffonde in luoghi pubblici scritti stampati e figure oscene (art. 248). Il codice del Canton

(1) Vedere sopra n. 8.

Ticino colpisce di pena « l'esposizione e la vendita pubblica di figure o di libri osceni e provocanti al libertinaggio » (art. 247).

Il codice di San Marino, che però comprende in unica disposizione l'oltraggio al pudore con atti e le pubblicazioni od esposizioni oscene, richiede pure espressamente la diffusione nel pubblico degli oggetti osceni (art. 333). Notevole è poi il codice messicano, che, come adotta il criterio del luogo pubblico od esposto al pubblico per l'oltraggio al pudore con atti (1) così punisce chiunque espone al pubblico, vende o distribuisce pubblicamente canzoni, fogli o carte oscene o figure, pitture ecc., rappresentanti atti lubrici (art. 785).

**49.** Le legislazioni degli Stati italiani prima dell'unificazione non meritano a questo proposito un lungo esame. Il regolamento pontificio del 1832 comprendeva in un fascio e colpiva alla stessa stregua i discorsi osceni, gli atti o gesti contrari alla decenza pubblica, gli scritti in prosa o in versi affissi o distribuiti, le immagini oscene, i libri che trattino materie di questa indole, ecc. (art. 185). Il regolamento di polizia estense, come il codice austriaco che imperava nel Lombardo-Veneto, ravvisava nel fatto una contravvenzione e comprendeva pure in unica disposizione « gli atti osceni, immorali o disonesti, commessi tanto con fatti quanto con scritti, stampe, litografie, pitture e scolture ».

Il codice sardo, che pure più di ogni altro codice italiano imitò fedelmente il codice francese, non lo seguì su questo punto. Coll'unica disposizione dell'art. 420 colpì di pena « chiunque offendesse l'al-

(1) L'art. 787 punisce chi oltraggia la morale pubblica od i buoni costumi, eseguendo un atto impudico in un luogo pubblico, con o senza testimoni, o in un luogo rivato, che possa essere visibile al pubblico.

trui pudore od il buon costume in modo da eccitare il pubblico scandalo », senza accennare affatto al mezzo col quale l'offesa veniva compiuta. Quindi l'art. 420 si sarebbe potuto applicare, per il suo significato letterale, come già il corrispondente articolo del codice francese, alle esposizioni o pubblicazioni oscene. Però a queste provvedeva quasi completamente l'art. 17 dell'editto sulla stampa che puniva col carcere non maggiore di un anno o con pene di polizia secondo le circostanze « chiunque offendesse i buoni costumi con uno dei mezzi indicati nell'art. 1 dell'editto stesso, e cioè « stampa o qualsivoglia artificio meccanico, atto a riprodurre segni figurativi ».

Il codice toscano conteneva invece una disposizione speciale, che però, come il regolamento pontificio, parificava i canti e discorsi osceni alle scritture o figure. L'art. 302 comminava il carcere da quindici giorni a sei mesi contro chiunque offondesse il pudore per mezzo di pubblici canti o discorsi osceni, o di oscene scritture a mano o stampate o rappresentazioni figurative, affisse, diffuse, esposte od in altra guisa portate a notizia comune.

**50.** Durante i lavori preparatori del codice vigente e fin dal progetto della seconda Commissione del 1867 prevalse il concetto di includere nel codice penale i reati tutti comuni commessi col mezzo della stampa.

Quindi il delitto di esposizioni e pubblicazioni oscene fu incluso nei successivi progetti. Nei primi progetti però, e cioè in quello Vigliani, in quello Zanardelli del 1883 e nel progetto Savelli del novembre stesso anno, si seguì il sistema adottato già dal regolamento pontificio e dal codice toscano e si confusero in unica disposizione i discorsi, canti osceni e le oscene scritture o disegni. Fu il progetto Zanardelli del 1887, che relegò le parole

ed i canti osceni tra le contravvenzioni, ed aggiunse poi alle scritture e disegni anche gli oggetti osceni. L'art. 321 del progetto era così formulato: « Chiunque offende il pudore per mezzo di scritture, disegni od altri oggetti osceni sotto qualunque forma divulgati od esposti al pubblico od offerti in vendita, è punito con la reclusione sino a tre mesi e con la multa da lire 50 a 500 ».

La Commissione della Camera propose l'elevazione della reclusione ad un anno pel massimo e della multa a lire mille, lasciando però al magistrato la facoltà di applicare la reclusione o la detenzione. Propose inoltre di stabilire un aggravamento di pena per il divulgatore, espositore o venditore di scritture, disegni od oggetti osceni, che agisse per scopo di traffico abituale (1). La Commissione senatoria accettò in parte le proposte della Commissione della Camera e propose anzi di aggiungere all'art. 321 un capoverso comminante la pena della reclusione da tre a sei mesi e la multa da lire 50 a 1000 se il delitto fosse commesso a scopo di speculazione.

La sottocommissione di revisione (2) modificò leggermente la prima parte dell'articolo, sostituendo la parola *distribuiti* alla parola *divulgati*, perchè, osservò il relatore Lucchini, basta la distribuzione per il compimento del reato senza che occorra giungere fino alla divulgazione. Accettando poi il concetto espresso dalle Commissioni parlamentari aggiunse un capoverso così concepito: « Se il reato è commesso abitualmente ed a scopo di lucro, la reclusione è da tre a sei mesi e la multa da lire 100 a 1000 ».

In seno alla commissione di revisione, oltre che sul coordinamento dell'articolo del codice coll'ar-

(1) Rel. sull'art. 321.

(2) Verbale n. XXXVIII, pag. 569, ed. uff.

ticolo 64 della legge di pubblica sicurezza, del quale tratteremo in seguito, si discusse sopratutto sul capoverso e specialmente sulla condizione dell'abitualità dello smercio fatto a scopo di lucro. Si osservò dai Commissari Curzio e Costa che il concetto dell'abitualità è di molto elastica e difficile prova; e, sebbene il comm. Nocito giustamente osservasse che le due condizioni del lucro e dell'abitualità erano necessarie per punire più gravemente il vero e turpe mercimonio, che si era voluto reprimere dalle Commissioni parlamentari, la soppressione fu accettata dalla maggioranza. Si approvò inoltre di dire nel capoverso « se il fatto, ecc. », anzichè « se il reato, ecc. », e di elevare il minimo della reclusione a sei giorni nella prima parte dell'articolo.

Il testo definitivo venne ancora variato poichè nella prima parte dell'articolo si stabilì la pena della reclusione sino a sei mesi e della multa da lire 50 a 1000, e nel capoverso si elevò il massimo della reclusione ad un anno, e della multa a lire 2000.

La relazione al re non dà ragione di queste elevazioni di pena e si limita a giustificare l'introduzione del capoverso, fatta dietro il voto concorde delle varie Commissioni e diretta a prevedere il fine di lucro « che è pur troppo, dice, un caso frequente e assai funesto alla pubblica moralità ». L'articolo rimase quindi così formulato: « Chiunque offende il pudore con scritture, disegni o altri oggetti osceni, sotto qualunque forma distribuiti o esposti al pubblico od offerti in vendita, è punito con la reclusione sino a sei mesi e con la multa da lire cinquanta a mille.

« Se il fatto sia commesso a fine di lucro, la reclusione è da tre mesi ad un anno e la multa da lire cento a duemila ».

**51.** Già la legge del 22 novembre 1888, colla

quale si autorizzava il governo a pubblicare il codice, aveva provveduto (1) all'abrogazione dell'art. 17 dell'Editto sulla stampa (2), al quale doveva intendersi sostituita la disposizione corrispondente del codice penale. Si ritenne così dal legislatore che l'art. 339 del codice regolasse l'intera materia prima regolata dall'art. 17 dell'Editto e quindi lo sostituisse completamente. In realtà, come per primo fece notare Aristo Mortara (3), l'art. 339 non sostituisce interamente l'art, 17. Questo prevedeva l'ipotesi della semplice stampa, la quale non venne riprodotta nell'art. 339, che richiede invece la distribuzione e l'esposizione o l'offerta in vendita anche dello scritto o dell'imagine stampata. Così si decretò, senza neppur avvertirla, l'eliminazione dal codice di un'ipotesi delittuosa, contemplata da quasi tutte le legislazioni moderne. E fu errore, perchè, pur ponendo la pubblicità come elemento essenziale del reato, la stampa costituisce oggi la più evidente presunzione di una pubblicità verificatasi o che quasi certamente si verificherà. Lo scritto, fissato nella stampa, acquista una potenzialità larghissima di espansione, che era bene reprimere se si volevano colpire tutte le offese al pubblico pudore.

Anche il delitto contemplato dall'art. 338, richiede per la sua sussistenza il concorso di elementi materiali e dell'elemento intenzionale. Su quest'ultimo la lunga disamina fatta a proposito

(1) Art. 4.

(2) Art. 2. La Commissione della Camera, dopo un contrastato dibattito sull'opportunità di un aggravamento di pena quando il reato fosse commesso a mezzo della stampa, aveva proposto invece che si avessero a conservare le penalità stabilite dall'art. 17, le quali avrebbero dovuto perciò far passaggio nel codice.

(3) *Giust. pen.*, II, 1379 e *Giur. it.*, 1896, II, pagina 360.

dell'art. 338 ci dispenserà da un minuto esame. Gli elementi materiali od obbiettivi sono invece se non sostanzialmente certo nelle loro applicazioni diversi e richieggono un'analisi particolareggiata.

## § 2.

## *Elementi obbiettivi.*

SOMMARIO.

**52. Divisione della trattazione: non è necessaria l'effettiva offesa al pudore.**

**52.** Secondo l'espressione letterale dell'art. 339 il delitto consiste nell'offesa al pudore arrecata con scritti, disegni od altri oggetti osceni, sotto qualunque forma distribuiti o esposti al pubblico od offerti in vendita. Elementi materiali del reato sono quindi le scritture, i disegni o, con termine generale, gli oggetti osceni. Il delitto poi si compie colla distribuzione, esposizione al pubblico od offerta in vendita degli oggetti stessi. Tali modi di esecuzione del reato (1) non sono però altro che i mezzi coi quali si diffondono nel pubblico gli oggetti osceni, si attua cioè la pubblicità degli oggetti, che è il vero elemento essenziale del reato. Divideremo perciò la trattazione in due parti. Nella prima tratteremo degli oggetti osceni, comprendendo in questa generale locuzione gli scritti ed i disegni, nella seconda parleremo della pubblicità, ovvero dei modi coi quali si dà esecuzione al delitto diffondendo nel pubblico gli oggetti osceni.

L'art. 339 pone per prima condizione del reato l'offesa al pudore, la quale però è un risultato ne-

(1) L'espressione è del Vicini, monogr. cit., cap. IV, § 2.

cessario della diffusione nel pubblico dell'oggetto osceno e più che l'elemento materiale sta nella locuzione della legge a lumeggiare l'elemento intenzionale. Infatti, qualora si ritenesse essenziale l'offesa effettiva al pudore per la sussistenza materiale del delitto, si dovrebbe venire alla conclusione che, mentre nell'art. 338 basta la potenzialità dell'offesa al pudore, nell'art. 339, che contempla un reato analogo non soltanto, ma identico quanto alla natura del diritto sociale leso, occorra l'offesa effettiva. Ciò affermarono, è vero, i commissari Puccioni, Auriti e Brusa in seno alla Commissione di revisione allorquando, per trovare un criterio di distinzione tra il delitto in esame e la contravvenzione prevista dall'art. 64 della legge di pubblica sicurezza, sostennero che per la sussistenza del primo occorresse l'offesa al pudore effettivamente avvenuta, e che, mancando tale offesa, il fatto si dovesse punire come contravvenzione all'art. 64. Ma l'affermazione non può valere neppure di fronte al testo dell'art. 339, dal quale appare che l'offesa al pudore viene considerata dalla legge come la conseguenza necessaria della diffusione nel pubblico dell'oggetto osceno. E con ragione poichè il pudore qui, come nell'articolo precedente, si considera non come un sentimento concreto individuale, ma come un sentimento astratto, collettivo, la cui offesa si verifica, non appena commesso l'atto vietato, senza che occorra si verifichi ancora l'offesa all'individuo, il quale potrebbe anche per molte ragioni non essere passibile d'offesa alcuna.

Qui in altri termini è inesatto parlare di potenzialità od effettività dell'offesa al pudore, giacchè, se si vuol alludere al diritto sociale di veder rispettato il pubblico pudore, l'offesa è consumata effettivamente colla diffusione dell'oggetto osceno, mentre, se si vuol accennare al sentimento indivi-

duale del pudore, l'offesa può anche non verificarsi ovvero verificarsi, ma è in ogni caso estranea ai fini della legge. Alla tutela del pudore individuale contro ingiuste aggressioni provvedono altre disposizioni di legge.

Queste, che analizziamo, e che la dottrina comprende nell'unica denominazione di oltraggio al pudore, tendono alla protezione di un diritto sociale, e, precisamente nel caso dell'art. 339, del diritto che la società ha che non si diffondano oggetti osceni nel pubblico. L'offesa a tale diritto si verifica quindi non appena avvenuta la diffusione e non occorre il prodursi di altro evento. Questo delitto, come il precedente e come in genere i reati sociali, è insomma un delitto formale, un delitto cioè nel quale l'azione dell'uomo basta a violare la legge, senza che occorra il verificarsi di un determinato evento. Tale carattere, che è una logica conseguenza dell'elemento della pubblicità, mentre, come vedremo, rende impossibile il tentativo, vale pure per escludere la necessità di una effettiva offesa al pudore individuale.

## Sezione I.
### *Oggetti osceni.*

SOMMARIO.



**53.** L'oltraggio al pudore, commesso con atti, nel codice nostro ed in quasi tutte le legislazioni moderne viene espresso colla massima sobrietà di

parole e senza alcuna specificazione della natura degli atti che offendono il pubblico pudore. Anche gli aggettivi « osceni ed impudici » che servivano nel progetto a designare tali atti, scomparvero, come vedemmo, dal testo definitivo (1). Invece il delitto di pubblicazioni ed esposizioni oscene trova generalmente nelle legislazioni straniere una abbondante terminologia per designare i mezzi coi quali può essere commesso. La breve rassegna fatta delle legislazioni straniere, e specialmente delle leggi francesi e tedesche, dimostra come siano stati incessanti gli sforzi dei legislatore per prevedere e reprimere ipotesi di reato prima dimenticate.

Il codice nostro sotto quest'aspetto appare più perfetto di quasi tutti i codici moderni. Infatti pur accennando ai due mezzi principali di riproduzione del pensiero e della figura, lo scritto cioè ed il disegno, aggiunge poi un termine generale, e cioè gli *altri oggetti*, valevole a comprendere qualsiasi mezzo di rappresentazione non soltanto del pensiero o della figura, ma di qualsiasi cosa o fatto offensivo del pudore. Così mentre la scrittura comprende qualsiasi mezzo di rappresentazione del pensiero, come scrittura a mano, a macchina, litografia, poligrafia, stampa, ecc., ed il disegno, qualsiasi mezzo di riproduzione della figura, come pittura, litografia, zincotipia, fotografia, ecc., negli altri oggetti possono comprendersi le arti plastiche tutte ed i mezzi tutti coi quali si riproducono scene fisse ed animate, come proiezioni, cinematografie, ecc., e qualsiasi altra invenzione, che in avvenire potesse valere per rappresentare al pensiero, alla vista, od anche soltanto all'udito, scene, che offendano il pubblico pudore. Anzi a stretto rigore i termini « scritti o disegni »

(1) Sopra n. 13.

appaiono inutili, perchè già compresi nella denominazione più generale di « oggetti ».

**54.** Però non basta, secondo la legge nostra, che ha seguìto in ciò le legislazioni precedenti, la semplice idoneità degli oggetti ad offendere il pudore, ma occorre che gli oggetti siano osceni. Così l'aggettivo soppresso nell'art. 338 compare invece in questo ed acquista anzi uno speciale significato per la mancanza dell' aggettivo « impudici » che nel progetto stava, per l' oltraggio al pudore con atti, a lato dell'aggettivo « osceni ». Infatti, come si osservò già in seno alla Commissione di revisione dai commissarii Nocito e Lucchini (1), il concetto dell'oscenità è più stretto di quello della semplice impudicizia. Nell' osceno, cioè, non sono compresi, come osservava il commissario Lucchini, tutti gli atti che possono offendere il pubblico pudore. Qualsiasi manifestazione della vita sessuale può offendere il pudore e quindi anche il nudo, ed anzi persino la mostra di nudità non invereconde, può riuscire impudica in determinate circostanze. Così una donna che di pieno giorno uscisse per le vie, mostrando nudo il seno, commetterebbe pur sempre un atto impudico, ma non le si potrebbe rimproverare un'oscenità. Infatti non ogni manifestazione di cosa, che abbia rapporto indiretto colla vita sessuale, può qualificarsi oscena. L'oscenità, sebbene sia, come l'impudicizia, un concetto relativo, soggetto a modificazioni secondo le epoche, le civiltà ed anche in una stessa civiltà secondo i momenti, i luoghi e gli ambienti, richiede però sempre qualche cosa d'attivo, come diceva il commissario Costa (2), la rappresentazione cioè viva, sfrontata, fatta in modo da solleticare i sensi, di un fatto o fenomeno che abbia per og-

(1) Verbale n. 28.
(2) Verbale n. 28.

getto lo sfogo del sentimento sessuale (1). Soltanto quando i fenomeni della vita sessuale, che devono svolgersi nel mistero, vengono invece rivelati pubblicamente, e con petulanza (2), diciamo che la rivelazione è oscena. La semplice mostra del nudo quindi è impudica, poichè rivela cosa, che ha certo rapporto colla vita sessuale, ma non è per sè stessa oscena, quando il nudo non sia presentato con tali pose od atteggiamenti, che valgano a rivelare fenomeni direttamente attinenti allo sfogo degli appetiti carnali.

La maggior gravità dell'offesa al pudore, richiesta dall'art. 339 in confronto del 338, si giustifica quando si consideri che trattasi non di punire atti, i quali possono acquistare un significato non equivoco per l'intenzione di chi li compie, ma riproduzione di atti o fenomeni sessuali.

La semplice mostra del nudo, come abbiamo altrove osservato (3), se obbiettivamente è offensiva del pudore, in realtà può essere commessa non soltanto per quello scopo ed anzi viene di regola commessa per ben diversi motivi. È l'intenzione di offendere il pudore che vale quindi a far riconoscere nella mostra gli estremi del delitto. Per le esposizioni, le pubblicazioni o descrizioni del nudo senza allusioni oscene, quell'intenzione non potrebbe invece facilmente accertarsi e sarebbe quindi necessario escludere quasi sempre il reato. Oltre a ciò, come osserva il Pessina (4), non è l'atto che viene nel caso contemplato dall'art. 339 al cospetto del pubblico, ma il riverbero di quest'atto in un segno esteriore. Ora la rappresentazione di un fatto, per quanto ese-

(1) Commissario Nocito, ivi.
(2) Commissario Lucchini, ivi.
(3) Sopra, nn. 38, 39.
(4) *Elementi di diritto penale*, vol. I, pag. 157.

guita colla maggior fedeltà possibile, arreca sempre minor impressione della vista effettiva del fatto stesso.

**55.** Era del resto conforme non soltanto ad una giusta applicazione della legge penale, ma anche alle esigenze dell'arte e sopratutto delle necessità quotidiane della vita, limitare il campo d'azione della legge penale a quelle pubblicazioni od esposizioni, che avessero veramente un carattere d'oscenità. La vita sessuale è infatti il campo in cui l'arte sceglie la maggior parte dei suoi soggetti. Il nudo, che, come abbiamo già osservato, non è osceno, trionfa non soltanto nella meravigliosa scultura greca, ma colla scultura e colla pittura cristiana dal quattrocento in poi sale all'onore degli altari. La maggior parte poi dell'arte letteraria, romantica o poetica, ha per soggetto l'amore; e non si può trattare d'amore, astraendo completamente dalla sua base sessuale, senza contraddire alle reali condizioni della vita, senza fare dell'arte per l'arte. Ora è certamente difficile parlar d'amore restando pudichi; ma è facile parlarne senza cadere nell'osceno.

Era giusto pertanto che l'arte trovasse regolata la sua libertà d'azione anche dagli elementi materiali del reato. Il problema dei limiti della libertà dell'arte di fronte alle offese al pubblico pudore non si può però risolvere soltanto affermando che l'arte ha diritto di tutto rappresentare, escluse soltanto le oscenità (1). In questo tema, come in quello egualmente importante dei diritti della scienza, l'eterno argomento che si adduce a sostegno della più ampia libertà, è l'intendimento altissimo dell'artista e dello scienziato, che basta per eliminare ogni intenzione delittuosa. Lo studio

(1) Enrico Nencioni, *Alla ricerca della verecondia*, Roma, Sommaruga, pag. 92.

della quistione troverà quindi altrove più opportuna sede (1).

All'infuori però dell'arte pura, che mira cioè principalmente alla commozione del sentimento estetico, vi è tutta un'arte industriale ed una letteratura popolare o da giornale quotidiano, che non può invocare i diritti dell'arte vera, ma che ha pur bisogno di una certa libertà di movimenti. Per queste pitture, sculture industriali, destinate a decorare caffè, teatri o pubblici ritrovi, per tutta la letteratura amena, che ha soltanto la pretesa di dilettare e sopratutto per la stampa quotidiana, per tutti quelli insomma, che potrebbero denominarsi *prodotti secondari dell'arte*, stanno invece i limiti obbiettivi segnati. L'oscenità dev'essere vietata all'arte industriale, alla letteratura popolare, alla stampa quotidiana, che non possono invocare alcun intento artistico , capace di eliminare l'intenzione impudica.

L'oscenità sparsa in questi prodotti, che sono a più diretto contatto col pubblico, costituisce veramente grave ed irreparabile offesa al pubblico pudore. Ad essi è quindi vietata, non la rappresentazione di ciò che è soltanto impudico, ma la rappresentazione di quanto si riferisce più direttamente e sconciamente alla vita sessuale e che ha perciò i caratteri dell'osceno. Così l'elemento obbiettivo del reato, quale è posto dal codice nostro, viene in questo campo a conciliare i diritti dell'arte industriale e della stampa con quelli del pubblico costume. Purtroppo però il passaggio dal semplicemente impudico all'osceno è insensibile e difficile quindi a stabilirsi. Forse per questo motivo, forse anche per l'ignoranza di coloro che dovrebbero fornire gli elementi per promuovere l'azione penale, mentre sono talvolta colpiti da denunzie e

(1) Vedere avanti n. 67 a 72.

relativi sequestri, opere o figure nelle quali è difficile ravvisare una grave offesa al pubblico pudore (1), assistiamo oggi al libero dilagare di libri sconciamente osceni per il contenuto, per le illustrazioni e persino pel titolo, provenienti dalla Francia e sopratutto dalla pudica Germania, alla quale pare non giovi il rigore delle leggi; libri che debbono la impunità di cui godono soltanto alla lingua straniera nella quale sono scritti.

**56.** L'oscenità del disegno o dell'oggetto non ha bisogno di spiegazioni. Il disegno cioè si deve ritenere osceno quando, o per la natura stessa delle scene raffigurate, ovvero per la posa o l'atteggiamento delle figure, viene a rivelare fenomeni relativi allo sfogo del senso genetico. La semplice riproduzione del nudo non è per sè stessa oscena, ma può divenirlo quando il nudo è presentato in modo da far risaltare in modo speciale gli organi sessuali, ovvero con tale posa od atteggiamento da richiamare subito alla mente di chi osserva fenomeni sessuali.

L'oggetto osceno può essere una scultura ed ha allora lo stesso contenuto che ha la figura. Consiste però quasi sempre nella riproduzione plastica degli organi sessuali. Dubbio potrà nascere sull'applicazione dell'art. 339 ovvero del 338, allorquando l'oggetto viene esposto al pubblico da persona che accompagna l'esposizione con gesti od atti osceni. Il Tuozzi (2) ritiene che per l'applicabilità dell'articolo 338 occorra che gli atti siano compiuti dall'agente su di sè o su altri, e che quindi, allorquando

(1) Tale è il caso del procedimento per il romanzo *Quelle signore* del Notari, al quale accenniamo più avanti. Non dissimile ed anzi meno grave, a mio parere, era il caso del poema *Deifugium* di Alfredo Di Collalto, sebbene siasi ritenuto l'oltraggio al pudore.

(2) Op. cit., pag. 263,

pel simbolismo si adopera un oggetto, od anche una persona vivente, ricorrano gli estremi del delitto di cui all'art. 339. Tale teorica limita però troppo la portata dell'art. 338 che qualifica oltraggio al pudore qualunque atto offensivo al pudore commesso in pubblico, senza pretendere che sia commesso su di sè o su altri.

Quindi se per rendere l'atto osceno più efficace si adopera a guisa di simbolo un oggetto osceno, od anche una persona vivente, si commetterà pur sempre un'offesa al pudore con atti, ed il reato meno grave di esposizione d'oggetto osceno, trattandosi di unico fatto, rimarrà dal primo assorbito. Aderiamo quindi all'opinione espressa dal Vicini (1) ed alla tesi della Cassazione, che ritenne colpevole di oltraggio al pudore ai sensi dell'articolo 338 un tale che portava a spasso un fanciullo con un budello fra le gambe, che veniva da lui agitato all'incontro delle donne (2).

**57**. A maggiori controversie dà luogo la determinazione dell'oscenità delle scritture. Infatti, mentre nel disegno o nell'oggetto l'oscenità sta tutta nella forma esterna, o per meglio dire la forma esterna non si può trovare in disaccordo col significato del disegno o dell'oggetto, la scrittura invece permette da una parte di velare con una forma pudica le più oscene narrazioni o descrizioni, e d'altra parte rende pure possibile di esporre con forma oscena argomenti che sono per sè stessi pudici. Ora nell'un caso e nell'altro occorre procedere con cautela, perchè, se è vero astrattamente che l'oscenità può consistere così nella forma come nel contenuto, è pur vero che talvolta la forma può velare completamente l'osce-

(1) Op. cit., n. 61.
(2) Cass. 22 agosto 1894, *Cass. un.*, VI, 361.

nità del contenuto (1) come talvolta l'uso di una parola oscena può essere giustificato da speciali intenti, e specialmente dall'opportunità di render più viva una descrizione od un'invettiva (2).

Generalmente la giurisprudenza riconobbe che non soltanto la sostanza, ma anche la forma dello scritto doveva occorrere per dar vita al reato, e lo affermò anche esplicitamente (3). Anzi su questo punto, applicando completamente il principio, ritenne persino che l'uso di sottintesi ed equivoci, che soltanto da una determinata classe di persone potevano essere intesi, non fosse incriminabile (4). Così si riconobbe che la forma può servire per velare il contenuto.

Ma non sempre si riconobbe l'altra norma enun-

(1) Nel romanzo *Quelle signore* del Notari se ne trova un esempio convincente a pag. 29. La forma è tale, che, come disse la sentenza del tribunale, un'anima ignara non riuscirà a comprendere quale sia l'equipollente della doccia preferito dal presidente di tribunale.

(2) Se ne possono trovare esempi in tutti i grandi poeti. Ricorderò soltanto fra i moderni, il Carducci che in una strofe della poesia *A proposito del processo Fadda*, scriveva:

*Poi se un puttin di bronzo avvien che mostri*
*un po' di pipi al sole*, ecc.

Per intervento di Ferdinando Martini, direttore allora del *Fanfulla della domenica*, il Carducci consentì a sostituire *qualcosellina al sole*, ecc.

(3) Cass. 6 aprile 1892, *Cass. un.*, III, 707; Pret. urb. Torino. 31 gennaio 1899, *Giust. pen.*, col. 98; Cass. 7 luglio 1899, *Giur. it.*, II, 281.

(4) Citata sentenza Cass. 7 luglio 1899, la quale riformava una sentenza della Corte d'appello di Torino, 10 febbraio 1899, *Giur pen.*, 83, che quale principale argomento per incriminare due articoli del giornale *Il birichin*, adduceva il fatto che il giornale era scritto in dialetto (!).

ciata e cioè che non basta la forma, e specialmente qualche parola oscena per l'esistenza del delitto quando in fondo il contenuto non è osceno. Anzi su questo punto la giurisprudenza è giunta talvolta ad esagerazioni giustamente deplorate dalla critica.

Non si può negare che il titolo può bastare per rendere osceno un libro che nel suo contenuto non lo sia (1), poichè, come giustamente si osservò (2), niuno è obbligato ad acquistarlo per vedere se veramente al titolo corrisponda il contenuto ed allo scopo di modificare la disgustosa impressione ricevuta dalla lettura del frontespizio. Così l'annunzio col quale si offrono in vendita fotografie o libri osceni può essere incriminabile per sè stesso, indipendentemente dall'oscenità degli oggetti offerti in vendita, quando è concepito in termini tali da riuscire offensivi pel pudore (3).

Ma esagerò la Corte d'appello di Venezia (4), allorquando volendo trovare gli estremi del reato in un libro del socialista Monticelli intitolato *I costumi del popolo di Taïti e la morale sessuale*, affermò che questo titolo bastava all'incriminabilità dello stampato. Il libro era tutta una difesa della teorica del libero amore. Il titolo poi corrispondeva a tale contenuto, che certamente non è conforme ai principii morali sui quali è basata la nostra società. Poteva perciò considerarsi immorale, ma non osceno. L'oscenità consiste, come abbiamo detto, nella rivelazione, fatta con osten-

(1) Tale era certamente il caso contemplato dalla sentenza della Cassazione 22 settembre 1900, *Giur. it.*, 1891, II, 29, di un libro che portava per titolo: *Guida pratica e completa dei postriboli di Biella, con aggiuntivi un elenco di prostitute private, loro indirizzi, pregi*, ecc.

(2) Citata sentenza.

(3) Vedere più avanti.

(4) App. Venezia, 19 febbraio 1894, *Cass. un.*, V, 474.

tazione, di fenomeni sessuali, non nella difesa di sistemi e di pratiche, che l'attuale ordinamento sociale considera immorali. Giustamente il Viazzi (1) osserva che altro è l'ordine morale di una data società, altro è il pudore, e che il fatto avrebbe potuto in altri tempi essere punito a termini dell'art. 17 dell'editto sulla stampa, che parlava di offese *ai buoni costumi*, come di offese *al buon costume* parla l'art. 338 del codice attuale. Abrogata però quella disposizione non si può considerare come offensiva al pudore una tesi, che è soltanto in contraddizione colle idee morali oggi dominanti.

La determinazione del carattere osceno di uno scritto non può però avvenire in base a regole sicure, ma costituisce sempre una quistione di fatto, per la cui soluzione i criteri accennati possono servire soltando di guida. Qui sopratutto, più che nell'applicazione dell'art. 338, il giudice penale deve saper adattare la repressione alle necessità variabili del momento, dell'ambiente in cui il reato fu commesso, dello scopo che si propose l'agente. Infatti la legge, esigendo non la semplice impudicizia, ma l'oscenità, ed esigendo inoltre la offesa al pudore e non anche al buon costume, ha semplicemente espressa la necessità di un'offesa più grave al pudore per la sussistenza del reato in esame in confronto di quello contemplato nell'articolo precedente. Non ha dato criteri precisi, perchè i confini tra oscenità ed impudicizia, tra pudore e buon costume, concetti tutti relativi, sono incerti ed oscillanti, secondo i tempi, i luoghi e le persone. Soltanto di fronte all'opera concreta è possibile determinare se in quel dato momento e luogo in cui venne pubblicata, e tenuto conto del pubblico cui si dirigeva, si dovesse

(1) Op. cit., pag. 103.

considerare oscena e perciò offensiva del pudore. Nè si deve mai dimenticare che, se da una parte la eccessiva libertà lasciata al diffondersi della stampa oscena è nociva alla pubblica moralità, d'altra parte un eccessivo rigore riesce non soltanto dannoso per la libertà della stampa, ma porta a confondere la missione del giudice con quella del moralista, e viene sovente ad allargare lo scandalo, che si voleva impedire, perchè procaccia immeritata fama ad opere che sarebbero altrimenti passate quasi inosservate (1).

## Sezione II.

## *Pubblicità.*

SOMMARIO.



**58**. Adottiamo la denominazione di *pubblicità* per indicare il secondo elemento materiale del reato, non soltanto per un desiderio di vana simmetria colla trattazione dell'art. 338, ma perchè effettivamente la materialità del delitto consiste, come abbiamo osservato (2), nella pubblicità data agli oggetti osceni, mediante la loro distribuzione, espo-

(1) Senza discutere il merito artistico del romanzo già citato *Quelle signore*, certo è che, senza il processo e la assoluzione, annunciate a grossi caratteri sul frontespizio, il libro non sarebbe giunto in pochi giorni al suo 52. migliaio.

(2) Sopra n. 51 in fine.

sizione od offerta in vendita. Così vien posto bene in luce questo carattere essenzialissimo del reato, che la lettera della legge e l'interpretazione sua da parte di qualche autorevole responso giurisprudenziale, potè talvolta far dimenticare od anche mettere in dubbio (1). Non si può ammettere che il legislatore abbia avuto qui un obbiettivo diverso da quello che gli dettava la disposizione diretta a reprimere l'oltraggio al pudore con atti. È sempre il pudore pubblico, non il pudore privato, l'oggetto di queste disposizioni, che sono nella legge e nella dottrina riunite anche dall'unica denominazione giuridica di oltraggio al pudore, la quale sta ad indicare l'identità del diritto leso. I lavori preparatori e specialmente la relazione ministeriale (2) dimostrano che si vollero punire le offese al pudore soltanto quando concorressero gli estremi della violenza, della frode o dello scandalo, che però si ritenne per presunzione assoluta insita nel fatto della pubblicità.

Tale elemento riusciva di facile enunciazione, allorquando si trattava di atti, poichè bastava determinare la natura del luogo in cui gli atti venivano compiuti. Ma, trattandosi di oggetti osceni, l'elemento stesso non poteva riferirsi al luogo, che è indifferente o difficile a determinarsi, ma al modo di consumazione del reato, doveva cioè essere designato coll'indicazione dei modi coi quali è possibile operare la diffusione degli oggetti osceni nel pubblico. Ora l'oggetto evidentemente può essere reso noto al pubblico o con una distribuzione ovvero con un'esposizione od infine con un'offerta in vendita.

Tali tre modi di esecuzione del reato contempla

(1) Vedere avanti n. 40 e sentenza Cass. Roma, 16 settembre 1896.

(2) Rel. min., n. CXXVIII, pag. 213 e 226, ed. uff.

appunto l'art. 339, ed essendo quest'articolo intimamente legato al precedente ed anzi di quello necessario complemento ed ineluttabile corollario, secondo l'espressione usata da una notevole sentenza (1), è evidente che l'estremo della pubblicità debba sussistere per quei tre modi di esecuzione del reato, i quali non sono altro, come abbiamo osservato, se non i mezzi coi quali può avvenire la diffusione fra il pubblico dell'oggetto osceno. Se poi letteralmente le espressioni usate nell'art. 339 non mettono in sufficiente luce l'elemento della pubblicità, non si può tuttavia affermare, come vedremo, che esso non appaia abbastanza chiaramente in seguito ad un attento esame dell'articolo.

Un quarto modo di consumazione del reato poteva essere la semplice stampa di uno scritto osceno, giacchè la stampa avvenuta non soltanto è elemento per affermare l'intenzione di diffondere nel pubblico lo scritto, ma costituisce, come abbiamo osservato (2), vera diffusione per la possibilità indefinita di riproduzione, che è insita allo scritto stampato. Oggi però, dopo l'abrogazione dell'articolo 17 dell'editto sulla stampa, non rimane più alcuna disposizione di legge che impedisca o reprima la semplice stampa di scritti osceni, non seguìta dall'effettiva distribuzione, esposizione od offerta in vendita (3).

**59.** La distribuzione è il primo modo col quale si può compiere l'offesa al pudore con oggetti osceni. È essenzialmente gratuita, perchè se fatta soltanto in seguito a pagamento, si trasforma in vendita. Tuttavia non è escluso che dalla distribuzione

(1) 6 maggio 1902, *Suppl. Riv. pen.*, XI, 118.

(2) Sopra n. 51.

(3) Come vedremo la stessa consegna al pubblico ministero della prima copia di uno stampato osceno non può punirsi neppure a titolo di tentativo.

si possa sperare o ritrarre un profitto anche pecuniario, come quando si distribuissero gratuitamente oggetti osceni a scopo di *réclame* per oggetti dello stesso genere o per altri oggetti offerti in vendita, ovvero si attendessero o raccogliessero offerte, non obbligatorie, da parte di coloro che avessero ricevuto gli oggetti.

Il concetto della distribuzione è chiaro. Essa, come rilevò il Vicini meglio d'ogni altro (1), non va confusa colla consegna. Allorquando si dà ad un individuo un oggetto si ha una consegna, non una distribuzione, per la quale non basta neppure che oggetti uguali o simili siano dati a due o tre persone privatamente, ma occorre che gli oggetti siano dati a molte ed indeterminate persone, siano cioè diffusi tra il pubblico. Quindi la distribuzione implica per sè stessa il concetto di pubblicità, che del resto apparirebbe anche dal testo dell'art. 339, nel quale leggendosi « distribuiti od esposti al pubblico » si viene sotto l'aspetto grammaticale a richiedere la pubblicità così per la distribuzione, come per l'esposizione.

L'estremo della pubblicità merita ancora per questo modo di esecuzione del reato qualche chiarimento. Quell'estremo importa come conseguenza che la distribuzione debba essere fatta al pubblico, ma non che debba avvenire pubblicamente e cioè in luogo pubblico. L'avviso, il giornale, il libro, la fotografia si diffondono tra il pubblico non soltanto quando sono distribuiti in luogo pubblico, ma anche quando sono distribuiti privatamente, ad un gran numero di persone, a mezzo di consegne eseguite per posta, od anche per mezzo di consegne eseguite a mano. Nell'un caso e nell'altro lo scritto od il disegno pervengono a cognizione del pubblico. Non si può però accettare l'al-

(1) Op. cit., n. 68.

tra opinione estrema enunciata dal Crivellari (1), che cioè la distribuzione possa essere fatta anche ad un individuo solo, sopratutto perchè la stessa proposizione rivela a prima vista una contraddizione evidente tra la premessa, la distribuzione cioè, che implica, come abbiamo detto, pluralità di consegne, e la conseguenza, che si risolve nella consegna ad una sola persona. Neppure la consegna a due o tre persone determinate di un oggetto, implica ancora una vera distribuzione.

Certo vi è tra la pluralità delle consegne e la vera distribuzione una linea non sempre facile a discernersi, ma nella maggior parte dei casi la fattispecie offrirà sufficienti elementi per stabilire se siavi stata vera diffusione nel pubblico dell'oggetto. Allorquando ad esempio si tratta di disegni o scritti, od oggetti, spediti o consegnati ad amici, ovvero a poche persone determinate prima, si potranno avere offese al pudore individuale, ma non vera offesa al pudore pubblico. Allorquando invece la consegna si fa a persone non determinate nè per il loro numero nè per il loro nome, ovvero sconosciute a chi eseguisce la consegna, si fa cioè, secondo una formula proposta dal Vicini (2), a più persone formanti parte del pubblico, si avrà invece una vera distribuzione e quindi offesa al pubblico pudore.

L'esposizione al pubblico è, secondo l'art. 339, il secondo modo col quale può essere compiuto il reato. Tale modo è sostanzialmente identico a quello unico col quale si consuma l'oltraggio al pudore con atti. In quest'ultimo si ha cioè un'esposizione al pubblico di atti offensivi del pudore, mentre nel caso in esame si espongono al pubblico riproduzioni od immagini di questi atti, ese-

(1) Op. cit., pag. 547.
(2) Op. cit., n. 68.

guite a mezzo delle arti plastiche o pittoriche, od anche a mezzo della descrizione scritta. Ricorrono quindi anche qui quei criteri della pubblicità assoluta o relativa del luogo, già enunciati a proposito dell'art. 338. L'esposizione dovrà cioè essere fatta in luogo pubblico od esposto al pubblico. Non è necessario certamente scendere a molte esemplificazioni. Basterà accennare che pubbliche devonsi ritenere non soltanto le strade, piazze, ecc. e quindi le mura dell'abitato (1), le parti di un negozio prospicienti sulla via, come porte, vetrine, mostre, ecc., ma anche le parti interne del negozio, nelle quali chiunque del pubblico può entrare per acquisti. Manca invece il carattere della pubblicità ai magazzini, retrobotteghe, ed anche ai negozi stessi durante il tempo in cui sono chiusi al pubblico.

Non è neppur necessario aggiungere, poichè appare troppo chiaro dalla stessa formula usata dall'art. 339, che basta la semplice esposizione al pubblico per la sussistenza del reato e non occorre che effettivamente il pubblico abbia visto. Come abbiamo osservato, ed avremo campo di rilevare ancora, si tratta di reato formale, la cui consumazione avviene appena compiuto l'atto lesivo del diritto sociale, appena compiuta cioè l'esposizione al pubblico, senza che occorra siasi verificata anche la lesione di diritti individuali, l'offesa cioè al pudore di persone singole.

**60.** A maggiori controversie dà luogo il terzo modo di esecuzione del reato e cioè l'offerta in vendita, che costituisce veramente la forma normale sotto la quale avviene la consumazione del delitto. È difficile infatti che per mero dilettanti-

---

(1) La sentenza Cass., 18 novembre 1898, *Giust. pen.*, V, 208, ravvisò il reato nel fatto di chi disegna figure oscene sulle mura dell'abitato.

smo osceno e gratuitamente alcuno distribuisca od esponga oggetti osceni, mentre è facile che si pensi a trarre facili e lauti guadagni dalla vendita di oggetti eccitatori dei sensi ed è anzi conforme alla natura umana, la quale in fondo ad ogni scopo nobile o malvagio pone quasi sempre il fine di un profitto per sè.

Fu detto che i reati contro la vita o la persona, i furti, le grassazioni, le truffe, i falsi, ecc., se si dovessero classificare secondo il loro *movente*, assai di frequente si dovrebbero ascrivere a reati contro il pudore (1); ma forse con maggior verità si potrebbe asserire che in fondo alla maggior parte dei reati sta il fine di lucro. Anche in questa classe di reati, che pure sono più evidentemente il prodotto delle tendenze sessuali, non manca quel fine ed anzi l'avidità di un guadagno sta a rappresentare nel caso di pubblicazioni oscene il vero ed ordinario movente.

La legge contempla non la vendita effettiva, ma la semplice offerta in vendita. Con quest'azione il delitto è completo dal lato soggettivo e lo è anche dal lato oggettivo poichè la semplice offerta in vendita dell'oggetto osceno basta perchè l'oggetto venga veduto, conosciuto e si verifichi l'offesa al pubblico pudore che la legge mira ad impedire. L'accettazione dell'offerta avrà per effetto ulteriore la corruzione del senso morale dell'acquirente, che la legge non potrebbe impedire senza invadere il campo della morale, ma non potrà rendere più grave l'offesa al pudore pubblico verificatosi colla semplice offerta, offesa che costituisce il solo obbiettivo del reato.

L'estremo della pubblicità che grammaticalmente appare anche dal testo della legge per i casi di

(1) Berner, *Trattato di dir. pen.*, trad. Bertola, p. 374, nota 4.

distribuzione ed esposizione non appare invece esplicitamente per l'offerta in vendita. *Offerta in vendita* dice l'art. 339, e non aggiunge « al pubblico ». Anzi quest'ultima aggiunta trovandosi per i due precedenti casi e mancando per questo, potrebbe indurre a ritenere che si sia voluto escludere qui l'estremo della pubblicità ed incriminare anche la vendita seguìta in privato.

Però in realtà l'offerta in vendita per la sua stessa natura, per il fine che si propone di raggiungere, è diretta generalmente al pubblico. Un'offerta di vendita fatta privatamente, soltanto ad amici, è un'eccezione nel sistema economico moderno. Nè l'offerta in vendita cessa di essere pubblica soltanto perchè fatta con circolari, avvisi o lettere dirette a varie persone. Come la distribuzione può essere pubblica anche se fatta a mezzo di consegne private dirette a molte persone, così l'offerta in vendita può essere diretta al pubblico a mezzo di circolari od avvisi di carattere privato. Anche in questo caso l'offerta è diretta al pubblico, perchè a colui che offre è indifferente la persona dell'acquirente ed egli è anzi disposto a vendere a chiunque si presenti per acquistare. Questo carattere generale dell'offerta in vendita fa sì che non sia necessario d'indicare che l'offerta deve essere diretta al pubblico perchè sussista il reato (1). Chi vuol vendere dirige l'offerta al pubblico ed il caso di un commerciante che venda la sua merce soltanto privatamente ed a privati, è così eccezionale, che poteva anche non essere preveduto.

D'altronde, come abbiamo osservato nell'iniziare questa trattazione, l'elemento della pubblicità

(1) Giustamente il De Tilla (*Il pudore nel codice pen.*, pag. 25) osserva che nella offerta in vendita il concetto del pubblico è insito nel fatto stesso.

è essenziale per la nozione del reato e discende logicamente dall'art. 338 al quale il 339 è intimamente connesso. Tuttavia una notevole sentenza della Cassazione (1), basandosi appunto sulla lettera dell'art. 339, sostenne che « l'elemento della pubblicità, se è essenziale per l'ipotesi delittuosa dell'esposizione di cose oscene, non lo è del pari per l'offerta in vendita delle cose stesse, la quale si compie invece in privato ed ordinariamente con offerte, sia direttamente fatte, sia fatte per mezzo di cataloghi, avvisi o lettere ». Ma anzitutto quest'ultimo esempio citato dalla sentenza non è veramente di offerta privata, poichè se la diffusione dei cataloghi, avvisi o lettere è abbastanza larga, l'offerta è fatta in realtà al pubblico. Ma, a parte tale inesatta esemplificazione, la sentenza dimentica tutto il movimento legislativo e dottrinale, che portò alla creazione tutta moderna del reato di oltraggio al pubblico pudore. Confonde la morale col diritto, assegnando al legislatore penale un cômpito di moralizzazione degli individui, che è estraneo ai fini della giustizia penale, la quale mira soltanto a difendere la società e le persone da ingiuste aggressioni. L'offerta in vendita, eseguita privatamente, non ha infatti natura ontologica diversa dall'oltraggio privato al pudore, che si volle espressamente cancellare dal codice.

Ma non basta. Come giustamente osservava Aristo Mortara (2), che fece di quella sentenza la più vigorosa ed ampia confutazione, la tesi non corrisponde neppure all'interpretazione letterale dell'articolo 339. Tutta l'argomentazione della sentenza si basa infatti sull'aggiunzione delle parole « al pubblico » per l'esposizione, che manca invece per

(1) 16 settembre 1896, *Giust. pen.*, II, 1145 e conforme Corte app. Torino, 17 gennaio 1899, *Cass. un.*, X, 603.

(2) *Giust. pen.*, II, 1379.

le altre due forme. Ma anzitutto grammaticalmente l'aggiunta dovrebbe riferirsi anche alla distribuzione, ed allora si avrebbe l'assurdo di un fatto più grave, qual'è la distribuzione per cui si opera il passaggio della cosa, punito soltanto col concorso della pubblicità, mentre il fatto meno grave della semplice offerta in vendita sarebbe punito se anche commesso in privato. A parte poi tale assurda conseguenza dell'interpretazione letterale, l'aggiunta per la sola esposizione si spiega sia osservando che possono esistere esposizioni fatte per il pubblico, ma non al pubblico, sia considerando che si usa abitualmente di aggiungere: « al pubblico », allorquando si parla di esposizioni, e che quindi il legislatore ha forse ceduto alla consuetudine del linguaggio senza neppur avvertire le conseguenze che si sarebbero potute trarre dall'uso di quelle parole. Certamente sarebbe stato più conveniente enunciare l'elemento della pubblicità in relazione a tutti i modi di consumazione del reato, ma alla mancanza di una precisa determinazione di quell'elemento suppliscono i precedenti tutti e l'interpretazione logica della legge. In tal senso è del resto tutta la giurisprudenza successiva alla citata sentenza del 16 settembre 1897, che è rimasta isolata (1).

Certamente, come osservò una sentenza successiva (2) l'offerta in vendita può servire di fondamento all'oltraggio al pudore ancorchè seguita in privato, ma purchè le circostanze del fatto si presentino tali da far ritenere che la pubblicità debba necessariamente susseguire. La pubblicità insomma si ha sempre, tanto se le varie offerte sono fatte pubblicamente, quanto se sono eseguite pri-

---

(1) Cass. 6 maggio 1902, *Suppl. Riv. pen.*, XI, 118; 20 maggio 1903, *Riv. pen.*, LVIII, 487.

(2) Citata sentenza 6 maggio 1902.

vatamente, ma in guisa che debba avvenire la diffusione nel pubblico degli oggetti offerti. Soltanto, nel primo caso si potrà parlare di pubblicità espressa, nel secondo di pubblicità implicita. Così si avrà pubblicità implicita nell'offerta fatta dal libraio di libri osceni o dal fotografo di fotografie oscene quando l'offerta è fatta a clienti noti ed in guisa da non farsi scorgere da altri che si trovi per caso nel negozio. In tale caso citato dal De Tilla (1), sebbene si tratti di offerta fatta privatamente, la professione dell'offerente, il luogo in cui l'offerta è fatta e la persona che riceve l'offerta, la quale è indifferente per il venditore, sono tutti elementi, che valgono a dimostrare come l'offerta sia in realtà rivolta al pubblico. Si avrà invece pubblicità espressa nel caso di un venditore di fotografie e libri, che ne esibisca palesemente a coloro che si avvicinano al suo banco posto in luogo pubblico (2), come pure nel caso di annunzi sui giornali contenenti offerta in vendita di libri o fotografie oscene.

**61.** Quest'ultimo caso merita di essere esaminato, poichè ha dato luogo ad una notevole controversia, la quale serve a meglio illustrare l'elemento della pubblicità. La citata sentenza 13 settembre 1896 aveva affermato che l'offerta in vendita non soltanto può avvenire in privato, ma non ha bisogno di essere accompagnata dall'effettiva presentazione dell'oggetto osceno. Nel caso risoluto da quella sentenza, l'offerta pubblicata sul giornale *Gil Blas* era di fotografie o libri galanti. Si poteva anzitutto osservare, come osservò il Mortara, che galante non corrisponde filologicamente ad osceno. Ma, a parte tale inesattezza grammaticale, l'affermazione della Corte che non fosse necessaria la presentazione del-

(1) Mon. citata, pag. 25.
(2) Cassazione 26 aprile 1899, *Riv. pen.*, L, 95.

l'oggetto, diede luogo a tre distinte opinioni, le quali per il loro assunto risalirono alle ragioni dell'incriminazione del fatto, al fondamento cioè del reato. I sostenitori della tesi della Corte (1) affermarono che la legge tende ad impedire l'infiltrazione della corruzione nelle masse e quindi non è necessaria l'effettiva esposizione o presentazione dell'oggetto, ma basta la *réclame*, l'offerta di oggetti effettivamente osceni, se anche non sono offerti esplicitamente come tali, perchè dall'offerta deriva la diffusione dell'oggetto e quindi la corruzione.

Ma tale fondamento dato al reato è perfettamente contrario ai fini espressamente dichiarati dal legislatore ed apparenti dallo stesso art. 339, il quale fa consistere il delitto nell'offesa al pudore pubblico. Già abbiamo insistito su questo punto, che è essenziale per l'interpretazione della legge. Interpreti e giudici risentono ancora troppo l'influenza dei tempi in cui moralità e diritto venivano confusi. Questa stessa missione d'impedire la corruzione, che si assegna al legislatore, è un'eloquente prova della confusione di concetti che regna in proposito, confusione la quale nel caso speciale porta a ritenere incriminabili azioni, che per sè stesse non lo sono, soltanto in base a supposizioni, che potrebbero anche non essere fondate.

Ma, se inaccettabile è l'opinione accennata, non si può neppure accettare l'opinione opposta, che sosostiene non esistere reato nella proposta di vendere oggetto osceno, senza che il compratore l'abbia visto e sappia quale sia (2). La teorica va contro il senso evidente della legge, che punisce appunto l'offerta in vendita di oggetti osceni, senza richiedere l'effettiva presentazione. Si afferma che

(1) Escobedo, in *Giust. pen.*, II, 1147.
(2) *Foro penale*, V, 2, 89.

il pudore del privato, che riceve l'offerta, non può essere offeso che dalla vista dell'oggetto, ma anche qui si confonde, per fine opposto a quello dei sostenitori della tesi precedente, il pudore privato col pubblico, la moralità privata colla pubblica, la quale, soltanto, la legge mira a tutelare.

Tra le due opinioni estreme, partenti però da uno stesso errore giuridico, sta quella enunciata da Aristo Mortara, il quale (1) ritiene incriminabile l'offerta in vendita soltanto se fatta in tale forma da ledere il pubblico pudore, senza che occorra stabilire nè l'effettiva sussistenza dell' oggetto, nè la presentazione di esso, e neppure se esso sia assolutamente o relativamente osceno. Ma anche quest'opinione che in fondo viene a richiedere l'oscenità dell'avviso, non si accorda colla espressione legislativa, che richiede non l'oscenità dell'offerta, ma l'oscenità dell'oggetto offerto. L'annunzio osceno può essere punito per sè stesso, ma non come offerta in vendita di oggetti osceni, bensì come distribuzione od esposizione al pubblico di scritti osceni.

La teorica, giusta, quando afferma non occorrere la presentazione dell'oggetto, nè alcuna indagine intorno alla reale sua sussistenza, pecca insomma quando, richiedendo che l'offerta in vendita sia fatta in tal forma da ledere il costume pubblico, può far ritenere voglia richiedere la forma oscena dell'offerta. In realtà basta, secondo la espressione usata dall'art. 339, che si offrano in vendita oggetti osceni. Quando l'annunzio offre appunto oggetti osceni, che qualifica espressamente od implicitamente per tali, il delitto è consumato, ed è inutile ogni altra ricerca. L'offesa al pubblico pudore si è verificata già colla semplice offerta e pretendere la presentazione significherebbe volere

(1) Scritto citato, *Giur. it.*, 1896, II, pag. 360.

l'effettività dell'offesa al pudore individuale, che, come vedemmo, per la natura del reato ed il fine della repressione penale, non è necessaria alla sussistenza del reato.

**62.** « Offerti in vendita », dice l'art. 339, e quindi logicamente si dovrebbe dedurre che non risponda di reato colui che non offre, ma aderisce soltanto alla richiesta fattagli di oggetti osceni. Così sentenziò infatti la Cassazione il 26 giugno 1898 (1), ma aggiunse anche, come condizione necessaria perchè non sussistesse reato, che la vendita non fosse seguìta pubblicamente. Questa condizione distrusse praticamente ogni importanza della prima affermazione, poichè, se la pubblicità è condizione essenziale d'incriminabilità, dovevasi appunto stabilire se l'aderire ad una richiesta di vendere, fatta nelle condizioni di pubblicità volute dalla legge, costituisca reato. Niuno infatti potrà sostenere che l'adesione ad una richiesta fatta privatamente sia incriminabile. Mancherebbe un elemento del reato e la richiesta di vendita potrebbe appunto essere un argomento per dedurre che non si tratta di vendita al pubblico, ma di vendita privata. Ma, allorquando la richiesta è fatta nelle condizioni di pubblicità volute dalla legge, come per esempio in un pubblico negozio, l'adesione alla richiesta costituisce reato. Il negoziante offre sempre la sua merce, anche quando l'offerta sua è provocata dalla domanda altrui. Anzi è questo il caso più comune, allorquando la vendita non è vietata dalla legge. La richiesta precedente non può valere per mutare la natura giuridica dell'offerta. Soltanto, quando la richiesta manca, l'offerta si potrà dire spontanea, mentre quando esiste sarà provocata. L'esistenza di una richiesta non può mutare neppure la quantità sog-

(1) *Giust. pen.*, IV, 1012.

gettiva del reato, perchè si tratta sempre di un individuo che attua il proposito di diffondere nel pubblico oggetti osceni. E se anche si volesse, sottilizzando sul senso volgare, ma non giuridico, delle parole usate dal legislatore, sostenere che egli non ha offerto in vendita, non si potrebbe ad ogni modo negare che egli abbia compiuto un atto, una consegna, la quale può essere valido argomento per provare la distribuzione da parte sua di oggetti osceni (1).

**63**. Il capoverso dell'art. 339 aggrava la pena quando il reato sia commesso *a fine di lucro*. Ora il fine di lucro può accompagnare l'esposizione e la stessa distribuzione, ma eccezionalmente. Accompagna invece normalmente la vendita, poichè il caso di una vendita fatta al prezzo di costo, od a rimessa, non è certo il caso normale. Parrebbe pertanto che nel caso di offerta in vendita debbasi sempre, o per lo meno di regola, e salvo prova contraria, applicare il capoverso. Ed a conforto di tale deduzione si afferma ancora (2) che l'aggravante, introdotta, come abbiamo visto (3), dalla sotto-commissione di revisione per soddisfare ai voti delle commissioni parlamentari, aveva lo scopo di colpire gli speculatori abituali e che in seguito, essendosi dalla commissione di revisione eliminato il concetto dell'abitualità, si dimenticò di coordi-

(1) In questo senso decise la Cassazione il 6 maggio 1902, *Giust. pen.*, II, 1146, ed anche 15 giugno 1905, est. Setti, *Giust. pen.*, 1906, col. 278, sebbene nel caso speciale ricorressero anche gli estremi dell'esposizione. La stessa tesi è sostenuta dal Vicini, op. cit., n. 71, mentre è contradetta dal Pozzolini, op. cit., pag. 151, nota 1.

(2) Carrelli, *L'art. 339 e le pubblicazioni ed esposizioni oscene*, in *Scuola positiva*, I, 447, e Pozzolini, op. cit., pag. 159.

(3) Sopra n. 50.

nare, come dovevasi fare, la prima parte dell'articolo col capoverso.

Ma, a parte per ora i motivi che indussero ad eliminare il concetto dell'abitualità, certo è che l'interprete deve, finchè gli è possibile, dare alla legge un senso logico. Ora tale senso non si dà certo all'art. 339, quando si sostiene che il capoverso contempli un'ipotesi prevista già nella prima parte. Contro tale interpretazione stanno del resto anzitutto i lavori preparatori. Come abbiamo già accennato, la proposta di eliminare il concetto dell'abitualità venne fatta dai commissari Curcio e Costa, i quali insistettero sulla difficoltà di provare tale elemento ed il Costa osservò inoltre che, quando concorre lo scopo di lucro vi è *quasi sempre* la speculazione e quindi vi è *quasi sempre* l'abitualità. Nonostante che il commissario Nocito insistesse sulla necessità delle due condizioni del lucro e dell'abitualità per punire il vero mercimonio, che si era voluto colpire dalle commissioni parlamentari, la soppressione fu sostenuta anche dai commissari Puccioni, Auriti e votata dalla Commissione, la quale però non si ispirò evidentemente a motivi diversi da quelli esposti dal Costa, motivi che lasciano intatto il concetto della speculazione ed anzi lo riaffermano. Pertanto se è vero che quasi sempre la vendita è fatta a scopo di lucro, come del resto quasi sempre lo scopo di lucro coincide colla speculazione, non si può però affermare senz'altro che siasi voluto punire più gravemente col capoverso l'offerta in vendita di quanto non siano puniti gli altri due modi di consumazione del reato. In realtà, come bene osserva il Tuozzi (1), alla cui opinione aderiscono

(1) Op. cit., pag. 266.

il Vicini (1) ed il Majno (2), la ragione di aggravare la pena sta soltanto nel traffico abituale, secondo proponeva la Commissione della Camera. « È così, dice il Tuozzi, che apparisce il fatto del mercimonio e sorge la losca figura di chi cerca far lucri mediante oggetti di pubblica corruzione ». È ben vero che la primitiva formula dello scopo di traffico abituale, passando per successive modificazioni, finì per giungere a quella, troppo semplice ed anzi monca, del fine di lucro, ma, come abbiamo osservato, si volle pur sempre mantenere quel primitivo concetto della Commissione della Camera, al cui voto si dichiarò anzi espressamente di voler aderire. Anche la giurisprudenza accettò questa tesi, allorquando affermò che col capoverso « si volle di proposito colpire coloro che si fanno spacciatori di oscene figure, lucrando sulle tendenze libidinose, ma non si ebbe per certo il concetto di colpire la vendita di scritture offensive al pudore. Per fine di lucro si intese quindi qualche cosa di diverso — e di più grave aggiungiamo noi — della semplice vendita » (3).

**64.** L'elemento della pubblicità imprime a questo reato, come a quello contemplato dall'art. 338, il carattere di delitto formale, di delitto cioè pel quale l'azione dell'uomo basta a violare la legge senza che occorra il verificarsi di un determinato evento. Perchè il delitto sussista occorre cioè che sia avvenuta la diffusione nel pubblico, ma, verificatasi questa, il reato è perfetto, poichè è avvenuta l'offesa al pubblico pudore. Non è quindi ammissibile il tentativo di esposizioni o pubblicazioni

(1) Op. cit., n. 72.

(2) Op. cit., n. 2226, pag. 75.

(3) 28 giugno 1898, *Cass. unica*, X, 157; Cass., 6 maggio 1902, *Suppl. Riv. pen.*, XI, 118; 9 settembre 1896, *Riv. pen.*, XLIV, 507, contra 11 settembre 1902, *Giust. pen.*, IX, 139.

oscene, come non è ammissibile, e per la stessa ragione, tentativo di oltraggio al pudore con atti. Come osservava l'esimio redattore penale della *Giurisprudenza italiana* (1), « essendo la pubblicità l'elemento costitutivo del reato, l'inizio della esecuzione, cui si riferisce l'art. 61, deve essere pertinente alla pubblicità medesima e non riportarsi già alla preparazione o predisposizione dell'opera, la quale non diventa incriminabile che per il fatto della diffusione o distribuzione al pubblico ». Quindi non soltanto non è incriminabile, ad esempio, la semplice stampa di un'opera oscena, ma neppure, come decise la Cassazione (2), la consegna al pubblico ministero della prima copia di uno stampato che contenga offesa al pudore, perchè neppure quest'atto esaurisce l'elemento della pubblicità.

## § 3.

## *Elemento intenzionale.*

SOMMARIO.

65. Richiamo dei concetti enunciati sul dolo.
66. Giustificazione della teorica dell'intenzione di offendere il pubblico pudore.
67. I diritti della scienza.
68. I diritti dell'arte: argomenti a favore della libertà dell'arte.
69. Argomenti degli oppositori.
70. L'arte e l'oscenità.
71. L'intenzione artistica.
72. Conclusione e criteri pratici.
73. L'art. 64 della legge di pubblica sicurezza.

(1) *Giur. it.*, 1899, II, 283.

(2) Cass., 10 luglio 1899, *Riv. pen.*, L, 389 e *Giur. it.*, 1899, II, 283. Questa sentenza però anzichè basarsi sulla natura di delitto formale del reato previsto dall'art. 339, fondò la motivazione sopratutto sulla mancanza di una vera distribuzione al pubblico.

**65.** Il delitto previsto dall'art. 339 non ha, come abbiamo già osservato, natura ontologica diversa da quella del delitto contemplato nell'articolo precedente. Uguale è il diritto offeso, e cioè il pubblico pudore, ed i mezzi adoperati dall'agente, sebbene diversi, hanno però caratteri e finalità comuni. Uguale dev'essere quindi l'elemento intenzionale del reato. L'applicazione dell'art. 45 codice penale non può dare risultato diverso da quello che dava allora. Per la sussistenza del reato occorre quindi che l'agente abbia voluto il fatto, che costituisce il delitto di esposizioni e pubblicazioni oscene, abbia voluto cioè offendere il pudore col distribuire, esporre al pubblico od offrire in vendita, oggetti osceni. Ed in altri termini il dolo consiste « nell'intenzione di arrecare offesa al pudore col dare pubblicità ad oggetti osceni ».

Tale formula si differenzia da quella della « volontà di distribuire, esporre al pubblico, offrire in vendita oggetti osceni, come tali concepiti nella mente dell'agente » (1). Tale volontà non è affatto equivalente a quella di offendere il pubblico pudore, come si afferma da qualche scrittore (2). È ben vero che obbiettivamente colla diffusione nel pubblico di oggetti osceni si verifica l'offesa al pudore, ma quando tale offesa non è voluta dall'agente, viene a mancare l'elemento intenzionale, il quale, come abbiamo dimostrato per l'art. 338, deve riferirsi agli elementi tutti del reato e principalmente alla lesione giuridica. Anzi l'offesa al pudore, che trovasi prima d'ogni altra espressione nell'art. 339, più che ad indicare un elemento materiale, che già emergerebbe dalla diffusione di oggetti osceni, sta a precisare l'elemento inten-

(1) Pozzolini, op. cit., pag. 152; Vicini, op. cit., n. 29 e 34.

(2) Pozzolini, ivi.

zionale, non diverso da quello dell'oltraggio al pudore con atti.

Certamente parrà strano a chi consideri il senso chiarissimo dell'art. 45 del codice penale, in relazione all'art. 339 che, anche qui, come già per l'art. 338, si continui a negare che il dolo consista nell'intenzione di offendere il pubblico pudore e si voglia invece farlo consistere nella semplice coscienza dell'oscenità dell'oggetto diffusa tra il pubblico. Ma la riluttanza della dottrina e della giurisprudenza ad adottare una massima così esplicitamente fondata sulla legge, devesi unicamente ricercare nel senso che viene generalmente attribuito all'intenzione di offendere il pubblico pudore. Mentre cioè si ammette ormai generalmente che sotto l'aspetto materiale od obbiettivo non occorra l'effettiva offesa al pudore, ma, data la natura formale del delitto, sia sufficiente l'atto idoneo ad offenderlo, si ritiene invece sotto l'aspetto soggettivo che intenzione di offendere il pudore sia intenzione di arrecare un'offesa effettiva e non potenziale. Si vuole cioè un elemento intenzionale che non sta in relazione coll'elemento oggettivo. Inoltre si osserva generalmente, come già per l'art. 338, che l'intenzione astratta di fare offesa al pudore non esiste nella realtà della vita, ma che si agisce in pratica per ben altri scopi e cioè fine di lucro, di libidine, ecc. Ma anche qui si confonde l'obbiettività ideologica del reato colla sua obbiettività giuridica. Come abbiamo già osservato per l'articolo 338, infinitamente numerosi possono essere i motivi che spingono il delinquente all'azione, ma tale diversità di moventi non va confusa col dolo, come in altro campo i moventi che spingono l'uomo a contrattare non vanno confusi colla causa del contratto. È ben vero che i distributori, espositori, venditori di oggetti osceni, allorquando hanno la coscienza dell'oscenità degli oggetti, e

della pubblicità che loro danno, sono quasi sempre colpevoli, e che nella maggior parte dei casi diviene inutile ogni ricerca ulteriore. Ma tale deduzione, se è esatta per la maggior parte dei casi nei quali non si può evidentemente addurre alcun fine onesto, perde invece ogni valore nei casi, dubbi, nella soluzione dei quali si sperimenta invece il valore delle costruzioni teoriche. Anche colui che asporta e si appropria un oggetto non suo è generalmente colpevole di furto, e l'intenzione di trarre un profitto illecito si presume quasi sempre in base alla stessa natura dei fatti. Ma tale osservazione pratica, non può certamente indurre il giurista a negare la necessità di enunciare e stabilire la sussistenza dell'elemento intenzionale del furto. Per il giurista l'osservazione pratica varrà soltanto per dispensarlo da lunghe ed inutili disquisizioni sul dolo, che in tali casi presumerà, ma egli si riserverà di valersi dell'elemento intenzionale in quei casi nei quali, nonostante la sussistenza degli elementi materiali del reato, si contesta che siasi voluta dall'agente l'offesa al diritto che la legge mira a tutelare.

**66**. Tali osservazioni hanno per il delitto in esame un singolare valore pratico. Infatti i casi, normalmente contemplati da scrittori e da giudici, sono di persone che della diffusione di oggetti osceni fanno la loro professione, e che cadono perciò sotto le sanzioni del capoverso dell'art. 339, o per lo meno sono casi nei quali non si tenta neppure di allegare un'intenzione onesta. Allora non è già che il dolo sia insito nel fatto, come si affermò (1), ripetendo un brocardo veramente degno d'altri tempi, ma è la natura del fatto che vale di per sè a dimostrare come esista veramente, accanto ai motivi che spingono ad agire, l'intenzione di arrecare offesa

(1) Pozzolini, op. cit., pag. 153.

al pubblico pudore. È inutile allora soffermarsi a dimostrare l'esistenza di tale intenzione, come è inutile fermarsi a dimostrare il fine di trarre un illecito profitto da parte di chi è sorpreso a rubare con destrezza il portafoglio dalle tasche dei passanti. Ma, come allorquando l'asportatore della cosa altrui afferma di aver agito per esercitare un suo diritto, diviene legittimo ed anzi necessario l'accertamento dell'intenzione; così quando il distributore di oggetti osceni afferma di aver agito non nell'intento di offendere il pudore, ma per un fine onesto, rendesi necessario accertare se questo fine valga ad escludere l'intenzione oscena. Insomma in questo, come in tutti i delitti, la determinazione precisa dell'elemento intenzionale appare necessaria soltanto nei casi dubbii, ed affermare che il dolo è insito nel fatto, significa confondere ciò che avviene più comunemente con quanto si verifica solo eccezionalmente, significa sovratutto confondere gli accertamenti di fatto colle norme di diritto. Ed infatti le poche sentenze, che enunciarono appunto le teoriche del *dolus inest in re ipsa* ovvero della semplice coscienza dell'oscenità si riferiscono quasi sempre a casi in cui una vera controversia non era possibile. Così in un caso (1) si adduceva per escludere il delitto un preteso fine umanitario. Sarebbe bastato notare che tal fine non potevasi certo conciliare colla diffusione di oggetti osceni, ma la Corte volle invece affermare che « quando lo scritto è in se stesso, o nelle sue evidenti allusioni, osceno così da offendere la pubblica decenza o il sentimento del pudore, il dolo è insito nel fatto stesso ». Così per giungere alla materializzazione del dolo la Corte cominciò col parlare di oscenità che offendono la pubblica decenza, ed equiparò poi alla pubblica decenza il

(1) Cass., 25 nov. 1898, *Cass. unica*, X, 374.

sentimento del pudore, che pure nel codice appare ben distinto. La stessa frase finale si trovava nella sentenza 17 febbraio 1894 della Corte d'appello di Bologna (1) la quale per giungere ad affermare che il dolo è insito nel fatto stesso, aveva cominciato col negare la necessità di un'intenzione *diretta* e *specifica* di offendere il pudore. Evidentemente per respingere una tesi certo eccessiva della difesa, la Corte finì anche qui coll'affermare la teorica comoda del dolo insito *in re ipsa*. Ma evidentemente in questo caso, come nel precedente, i fatti commessi dimostravano già troppo eloquentemente come non si potesse negare una vera intenzione di offendere il pubblico pudore.

Ma la teorica del dolo insito nel fatto non si adatta più, allorquando da colui che diffuse cose oscene si afferma l'onestà delle sue intenzioni, e specialmente quando si adduce un intento scientifico od artistico. Gli scrittori sono allora costretti a ricorrere ad altre soluzioni. Vi fu chi (2) affermò che in tali casi l'agente non si rappresenta più l'oscenità degli oggetti diffusi nel pubblico, ma ha una diversa rappresentazione mentale. Però, a parte la nessuna spiegazione di questa allegata diversità, si dimentica così che l'oscenità è un attributo dell'oggetto, il quale può essere ignorato, ma non cambiato dalla mente. Inoltre si ricorre ad un artificioso ed inutile giro di parole, che in fondo viene precisamente ad un concetto non diverso, ma meno chiaro di quello della mancanza d'intenzione di offendere il pubblico pudore, o meglio dell'esistenza di un'intenzione onesta che esclude ogni altra intenzione delittuosa.

**67.** Tale è il caso delle pubblicazioni od esposizioni oscene fatte a scopo scientifico. La scienza

(1) *Cass. unica*, V, 374.
(2) Pozzolini, op. cit., pag. 152.

ha il diritto di tutto investigare e nessuna sua ricerca teorica può essere considerata delitto. Lo studio dei fenomeni sessuali è oggi gran parte delle scienze mediche, così per la cura delle malattie dipendenti dal funzionamento degli organi di riproduzione della specie, come per la ripercussione che i fenomeni sessuali hanno sulla salute e specialmente sulla psiche. Tutte le scienze biologiche hanno del resto bisogno di studiare la vita sessuale, che interessa anche indirettamente le scienze sociali e filosofiche. Non si può quindi porre limite alcuno alla pubblicazione o diffusione di libri o disegni od oggetti che per scopo scientifico descrivono vere oscenità. La difesa del sentimento del pudore è necessària per la conservazione e la riproduzione della specie, ma a questo stesso fine mira la scienza, la quale per la scoperta del vero deve poter analizzare tutti i sentimenti, tutti i fenomeni umani. Quindi ogni pudore deve cadere di fronte alla ricerca veramente e soltanto scientifica.

Coloro che pur ammettono la libertà della scienza, ma fanno consistere il dolo nel fatto, o nella semplice coscienza dell'oscenità, sono costretti a ricorrere ad artificiose spiegazioni, come fa il Pozzolini (1), ovvero sono costretti ad ammettere una eccezione alla norma sostenuta pel dolo, ad affermare cioè che il fine scientifico discrimina (2). Questa affermazione viene implicitamente a riconoscere che il dolo non sta soltanto nel fatto, ovvero nella coscienza dell'oscenità, che anche lo scienzato ha, ma in un fine, in un'intenzione insomma, la quale non può essere altro che quella di offendere il pubblico pudore. Certamente tale intenzione non ha l'autore dell'opera scientifica,

(1) Pag. 152.
(2) Vicini, op. cit., n. 64 e 73.

che, ripetiamo, mira invece ad un fine opposto, d'ordine morale elevatissimo, la ricerca del vero.

Il dubbio potrà sorgere nei riguardi di colui che diffonde l'opera scientifica. Anche per costui però si può invocare la mancanza del dolo. Finchè si tratta di opera veramente scientifica l'intenzione onesta dell'autore si comunica all'opera intera, rende l'opera stessa onesta e lecita, sebbene possa contenere oscenità. Colui che la diffonde non commette reato, sia per la natura dell'opera, sia perchè egli ha la stessa intenzione d'istruire, di diffondere verità, che aveva l'autore. Imporre al libraio di limitare la vendita dell'opera scientifica, contenente oscenità, a coloro che ne hanno bisogno pei loro studi (1) non si può senza violare le consuetudini del commercio, senza imporgli ricerche, che non sarebbe sempre in grado di fare e che d'altronde sarebbero inquisitorie ed anche offensive per l'acquirente.

Diverso è il caso, allorquando sotto la bandiera della scienza si vogliono vendere opere, che hanno invece carattere soltanto o prevalentemente pornografico. Non si possono qui dettare norme assolute, ma si può affermare che l'intento scientifico o pornografico dell'opera appariranno sempre chiaramente e che il contrabbando sarà quindi facile a scoprire. Così la stessa veste popolare data ad un'opera, che si presenta con titolo scientifico, è già un elemento per ritenere che l'opera abbia carattere e scopo pornografici, anzichè scientifici. È anzi questo un sistema comunemente adottato per la vendita di libri osceni. Se però l'opera ha veramente intenti scientifici, non diventa incriminabile soltanto perchè viene pubblicata in una edizione economica o popolare, anzichè in un'edizione per scienziati. Tale affermazione del Ber-

(1) Così il Vicini, op. cit., n. 64 e 73.

ner (1) e del Binding (2), se può accordarsi colla dottrina tedesca, che pone come fondamento della legge il fine d'impedire la corruzione delle masse (3), non si accorda colla nostra dottrina, che tale scopo ritiene estraneo ai fini della legge penale. Non v'è del resto ragione per far dipendere l'incriminabilità di un'opera dal basso prezzo in cui è posta in vendita, anzichè dal contenuto.

Ma se la veste dell'opera non ha importanza decisiva ai fini penali, può ben aver importanza la classe di persone cui l'opera stessa è diretta per far presumere ed anzi per stabilire con certezza l'esistenza del dolo. Così la pubblicazione su un periodico letterario o politico di scritti o disegni, contenenti oscenità, se anche tolti da opere scientifiche, non può essere permessa, perchè offende il pudore di persone, che non si dedicano a studi scientifici, ed anzi si può ritenere, data l'indole del giornale, che la pubblicazione sia stata fatta soltanto allo scopo di offendere il pubblico pudore. Del resto qui come in molti altri casi, l'applicazione della legge è affidata al prudente criterio del giudice, il quale dovrà desumere l'esistenza del dolo da elementi estrinseci ed intrinseci variabili, non determinabili *a priori*, ma facili a constatarsi di fronte ai casi pratici. Il caso infatti di pubblicazioni oscene, che invochino la discriminante del fine scientifico, dev'essere abbastanza raro, se la giurisprudenza nostra tace affatto su questo punto.

**68.** Se la scienza reclama per la conquista del vero la più ampia libertà d'indagine, l'arte per la conquista del bello afferma altamente il suo diritto

(1) *Trattato di diritto penale*, trad. Bertola, pag. 375.

(2) Binding, *Unzüchtigen*, p. 469; Vicini, op. cit., numero 64.

(3) Berner, ivi.

di non soffrire alcuna limitazione nella scelta dei soggetti, e nel modo di sentirli ed esprimerli (1). E si proclama che « l'arte, l'arte vera, l'arte autentica non ha bende, non tollera dighe, non soffre controlli » (2). Ma non si curano i sostenitori della libertà dell'arte di dire quale sia quest'arte vera, quest'arte autentica, per la quale soltanto essi reclamano libertà, mentre la negano « alla pornografia anche larvata sotto pretesto d'arte » (3).

La quistione quindi, sebbene sia stata già largamente discussa, merita anche oggi un largo esame. Sono generalmente note le larghe polemiche svoltesi in Italia a proposito dell'*Intermezzo di rime* di Gabriele D'Annunzio. Allora i vari scritti di Giuseppe Chiarini, Enrico Panzacchi ed Enrico Nencioni contro l'oscenità nell'arte, e di Luigi Lodi per la libertà artistica, furono riuniti in volume dal titolo *Alla ricerca della verecondia* (4).

Già precedentemente il Guerrini aveva sostenuto la stessa tesi del Lodi nella prefazione alle *Nova polemica* e prima ancora in Francia il Flaubert nella sua autodifesa per il processo alla sua *Madame Bovary* aveva rivendicato il diritto del romanziere di mettere a nudo anche le miserie sessuali moderne. In seguito la quistione fu largamente discussa in Germania a proposito della legge Heinze, in Francia a proposito della *Terre* di Emilio Zola (5), in Italia in occasione dell'inaugurazione delle fon-

(1) Conclusione dei periti E. A. Butti, Marinetti e Borelli nel processo pel romanzo *Quelle signore*, p. 201.

(2) Arringa Fabbri in detto processo, pag. 205.

(3) Conclusioni dei periti Butti, Marinetti e Borelli, pag. 200.

(4) Roma, Sommaruga, 1884.

(5) È nota la protesta di alcuni scrittori, o cioè Paul Bonnetain, H. Rossny, L. Descaves, P. Margueritte ed H. Guiches.

tane del Rutelli a piazza Termini in Roma, in occasione della pubblicazione del poema di Alfredo Di Collalto, *Deifugium* condannato per oltraggio al pudore (1), ed in ultimo più largamente a proposito del processo svoltosi in Parma nello scorso giugno contro il Notari per il romanzo *Quelle signore* (2).

Gli argomenti addotti in tutte queste occasioni dai sostenitori della più ampia libertà artistica sono sempre eguali e possono essere brevemente esposti. Anzitutto si osserva, ed è anzi questo molte volte l'unico argomento, che, se si volessero proibire le opere tutte artistiche offensive del pudore si dovrebbe sopprimere tutta la scoltura greca e buona parte della pittura e della scoltura dal quattrocento in poi. Per l'arte letteraria, poi si dovrebbero mettere al bando numerosissime opere ed a parte i numerosi scrittori greci o latini, magnificanti l'amore carnale ed anche gli amori contro natura (3), a parte ancora i nostri Pier l'Aretino, Abate Casti e Cardinal Bibbiena, si dovrebbero vietare tra i sommi il Boccaccio per le sue novelle, l'Ariosto per il canto XXVIII dell'*Orlando Furioso*, e persino opere che pur miravano ad un ideale di moralità, come il *Giorno* del Parini, perchè anche in esse si rinviene qualche pagina, che a stretto rigore dovrebbe considerarsi offensiva del pudore. Fra i moderni poi si citano il D'Annunzio per l'*Innocente*, il *Piacere*, il *Fuoco*, il *Trionfo della morte*, ecc., il Guerrini, specialmente per le *Rime* di Argia Sbolenfi, e passando in Francia ed in Germania una messe abbondante di opere, e specialmente di romanzi che descrivono, con lusso di

(1) Vedere Cass., 8 luglio 1903, *Giust. pen.*, col. 1288.

(2) Sentenza assolutoria, Trib. Parma, 23 giugno 1906, riprodotta in appendice al romanzo.

(3) Vedere per esempio i *Dialoghi* di Luciano.

particolari e di aggettivi, tutti i fenomeni sessuali (1) e non rifuggono neppure dall' idealizzare l'amore fra donne (2) o l'amore tra uomini (3). Di fronte al dilagare di tutta quest'arte, e specialmente di questa letteratura oscena antica e moderna, che circola liberamente fra le mani di giovani studenti, di fanciulli, e di donne, non è possibile fissare limiti all'arte senza colpire opere che sono e resteranno sempre eterno monumento di bellezza. « L'arte non deve trovar limiti nelle condizioni del tempo in cui si svolge, essa appartiene all'umanità » (4), e non può perciò essere assoggettata ad un sentimento, che ha per caratteri essenziali la variabilità e la relatività.

Ma, a parte tale argomento che in fondo non è altro se non la dimostrazione degli inconvenienti che deriverebbero da un eccessivo puritanismo, si osserva che, se la scienza non può tollerare ostacoli nella conquista del vero, l'arte mira alla conquista del bello ed ovunque palpiti un alito di bellezza l'arte ha diritto d'intervenire per riprodurlo ed idealizzarlo. La vita sessuale com'è sorgente di fecondità, di vita e delle ispirazioni più alte per il sentimento e per l'intelligenza, così è la fonte delle bellezze più squisite, più intense, e più universalmente sentite. L'opera d'arte, anche quando non sceglie nel campo dell'amore il suo soggetto, non può non sentire tutta l'influenza che emana dalle bellezze della vita sessuale, non può non riprodurle, anche senza volerlo, nelle opere sue, se vuole che riescano efficaci e sopratutto interes-

(1) Fra i romanzi basterà segnalare quelli di Pierre Louys, *L'Aphrodite*, *Le roi Pausole*, di René Maizeroy, *Adorée*, di Theophile Gautier, *Mademoiselle de Maupin*.

(2) Renée Vivien, *La Venus des aveugles*.

(3) *Escal-Vigor* di George Eckoud.

(4) Viazzi, op. cit., pag. 105.

santi. È così che si spiega come il nudo sia salito all'onore degli altari, anche per le religioni, che condannano l'amore carnale. È così che si comprende come San Francesco e Santa Caterina da Siena usino nei loro scritti parole vibranti di sensualità.

Ma perchè poi si dovrebbe escludere la vita sessuale dai soggetti artistici, quando invece si descrivono brutture, colpe, ed anche delitti orribili, senza che si invochi l'intervento della questura? (1). « Qu'a fait — domandava Montaigne — l'action génitale aux hommes, si naturelle, si necessaire et si juste, pour n'en oser parler sans vergogne, et pour l'exclure des propos sérieux et réglés? ».

Non è vero che l'arte faccia la società, ma è piuttosto la società che fa l'arte (2). L'arte è un prodotto dell'ambiente sociale, come il costume, come la morale. Quindi essa non fa altro che rispecchiare le condizioni morali del popolo in mezzo al quale nasce e si svolge. Se corrotto è l'ambiente, corrotta sarà l'arte. Anzichè attribuire all'arte la decadenza della morale, si dovrebbe attribuire il decadere dell'arte alla corruzione della società.

Anzi l'arte ha nei riguardi della morale quasi una sovrumana virtù. Essa, pur non proponendosi d'insegnare teoriche morali, riesce in realtà altamente moralizzatrice, perchè i soggetti più laidi o perversi nelle sue mani si trasformano, si epurano, per dare al mondo soltanto lo spettacolo del bello, che è sempre fonte della moralità più alta ed efficace, appunto perchè non nasce direttamente da un insegnamento o da un sermone, ma *trascende* dalla commozione estetica, sempre altamente educatrice. « La voluttà intellettuale soffoca la car-

(1) Viazzi, op. cit., pag. 106.

(2) Lodi, *Alla ricerca della verecondia*, pag. 123 e segg.

nale », così con frase sintetica un acuto scrittore (1) esprimeva il concetto della moralità trascendentale dell'arte. Ed il Borelli recentemente esclamava: « L'arte di per sè sana e purifica, l'arte è nella essenza sua il fiore massimo della libertà spirituale, inviolato e inviolabile attraverso i secoli, l'arte è anche nelle sue audacie provocatrici, ordine, dignità, morale » (2).

Infine, si osserva, se limiti si vogliono fissare all'arte, quali saranno? Fin dal 1884 domandava il Lodi: dove ed in che cosa sta il senso della verecondia estetica? E come allora non diedero precise e concordi risposte il Chiarini, il Panzacchi, ed il Nencioni, così oggi nessuno riesce a porre con precisione quei limiti.

**69.** Questi gli argomenti dei sostenitori della libertà dell'arte; ma gli avversari oppongono anzitutto l'alta importanza che il pudore ha per la conservazione e la riproduzione della specie (3), la necessità di non aumentare negli organismi non completi la febbre dei sensi (4), ed infine le cresciute difficoltà della lotta sessuale, le quali consigliano di non moltiplicare gli elementi eccitatori dei sensi (5). Ed eccitatrice dei sensi è l'arte moderna, la scultura, la pittura, l'arte letteraria, che oggi non si limita più alla rappresentazione del nudo, la quale « quando non è fatta a sfogo ed eccitamento di sensualità (che subito si conosce) non scandalizza affatto » (6), ma scende alla descrizione viva ed efficace degli atti che mirano allo sfogo diretto del senso genetico. Alla poesia ero-

(1) Carlo Dossi, *La desinenzia in a.*

(2) *Quelle signore*, pag. 190.

(3) Vedere cap. I, n. 1 e seg.

(4) Carelli, op. cit.

(5) Viazzi, o. c., p. 108, dove cita l'opinione del Tarde.

(6) Chiarini, op. cit., pag. 74.

tica antica « mancava la schietta e compiuta *intonazione* lirica. Erano divagazioni dilettose e leggere, alle quali il poeta si lasciava andare senza abbandonare mai il tono lieve della facezia » (1). Mancavano sempre l'intenzione e la passione, che appaiono veramente soltanto colla lirica del secolo XIX, e specialmente in Francia col Sainte-Beuve e col De Musset.

D'altronde gli artisti morti son morti e noi non possiamo fare che non siano stati ciò che furono. Ai vivi se non ci pare che siano quel che vorremmo abbiamo il diritto ed in certi casi il dovere di dirlo (2).

Infine l'arte non soltanto non deve, ma non può essere oscena, se vuol essere arte vera. La sensazione erotica è di sua natura soverchiatrice; quand'essa signoreggia, tutte le altre sensazioni a petto suo rimangono fiacche, tiepide, inavvertite (3). Il suo linguaggio sta tutto in dieci paginette del vocabolario (4). Caratteristiche della letteratura oscena, specialmente della moderna, sono quindi la ricercatezza raffinata e barocca della forma e la nauseabonda monotonia (5). È insomma l'arte per l'arte nel suo più stretto significato.

**70.** Così la lotta vivissima fra i sostenitori della libertà dell'arte ed i propugnatori di un'arte pudica dallo stretto campo del codice sale alle più ardue discussioni sulle funzioni dell'arte, assurge alle più alte astrazioni filosofiche. Stanno ad esempio fra i principali argomenti delle due tesi opposte quelli che risalgono all'influenza dell'arte sulla morale sociale, tema estraneo alle finalità della

(1) Panzacchi, *Alla ricerca della verecondia*, pag. 42.
(2) Chiarini, *Alla ricerca della verecondia.*
(3) Panzacchi, ivi, pag. 46.
(4) Chiarini, ivi, pag. 80.
(5) Nencioni, ivi, pag. 102.

legge penale, la quale, come abbiamo ripetutamente osservato, non mira a fini di educazione morale, ma soltanto alla difesa del pudore pubblico. Da una parte e dall'altra si invoca poi l'arte vera per proclamare da una parte che l'arte vera epura, moralizza qualsiasi argomento, dall'altra per affermare che l'arte vera non può essere oscena.

Ma che cos'è questa divinità così invocata dai sostenitori delle più opposte dottrine, che dovrebbe avere virtù sovrumane, trasformare col suo contatto le cose più perverse per gli uni, nutrirsi soltanto dei più alti ideali di moralità per gli altri? Che cos'è insomma, ed a quali segni si riconosce l'arte vera?

A tale domanda nessuno dei contendenti ha dato una precisa risposta, nè forse era possibile darla. Anzitutto la stessa espressione è inesatta, perchè suppone l'esistenza di due specie di arte, l'una vera, e l'altra indegna di tal aggettivo, e quindi falsa, mentre così nelle sue manifestazioni inferiori come nelle più alte concezioni, così nei grafiti dell'uomo preistorico sulle caverne come nei capolavori del Rinascimento, l'arte è sempre vera, poichè sempre rispecchia il modo di sentire ed esprimere il bello presso un determinato popolo ed in un dato momento storico. L'arte nel suo più largo e più esatto significato non è che l'espressione del bello (1). Ed il bello non è un concetto metaforico od astratto, ma un concetto pratico. La filosofia, dopo secoli di affannosa corsa per la conquista di un bello assoluto, ha finito di riconoscere che anche il concetto del bello trova le sue radici, come gli altri due elementi della triade sublime, il vero ed il buono, nella psiche umana. L'antico detto popolare « bello è ciò che piace » è divenuto per il filosofo positivista moderno anche

(1) Mario Pilo. *Estetica*, 1. ed., pag. 135.

una verità scientifica, ed è anzi considerato anche da esteti (1) come la definizione più esatta del bello, dando però al piacere non il senso suo popolare, ma il significato più ampio e più alto, quale già Epicuro poneva a base della sua filosofia, a torto tanto disprezzata dal volgo. Così si comprende come il bello abbia infinite gradazioni, e come dal bello più semplice o materiale, si possa ascendere via via fino al bello meraviglioso e complesso del paesaggio, fino al bello intellettuale ed anzi fino alle più alte bellezze morali. E si comprende pure come non sia possibile stabilire una divisione netta tra tutte queste categorie di bellezze. L'arte chiamata ad esprimerle tutte, si manifesta pur essa con infinite gradazioni, rimanendo pur sempre vera arte, poichè sempre riproduce ciò che per l'uomo è sorgente di piacere.

Nè si propugna così la teorica dell'arte per l'arte. La scuola dell'arte per l'arte, come bene osservava il Max Nordau in una sua geniale conferenza (2), corrisponde all'infanzia delle civiltà, nella quale « l'arte è veramente e soltanto fine a sè stessa, soddisfazione di un bisogno organico dell'artista », ma a poco a poco l'artista non si contenta più di soddisfare sè stesso, ma, sfogandosi, mira anche a piacere agli altri. Si stabilisce allora la comunicazione fra l'artista e la società, e mentre la società fornisce all'artista gli elementi del bello, l'artista a sua volta coll'opera sua modifica ed accresce il sentimento, il gusto del bello nella società in cui vive e nelle società future. Così alta missione non può però essere assegnata alle opere tutte artistiche, ma soltanto a quelle che mirano esclusivamente a riprodurre un ideale

(1) Mario Pilo, op. cit., pag. 3.

(2) *La funzione sociale dell'arte,* Torino, ed. Bocca, 1897.

di bellezza, sacrificando ad essa ogni altro scopo. È questa l'arte, che nelle discussioni vien chiamata arte vera, mentre più propriamente forse potrebbe chiamarsi arte pura, od arte veramente bella.

Con ragione si affermò che i prodotti di quest'arte non possono essere osceni. Se l'arte deve veramente riprodurre il bello, com'è inteso in un dato momento storico e presso un determinato popolo, non può essere oggi oscena, nel senso tecnico che abbiamo dato a questa parola. La rivelazione della sessualità, e quindi l'offesa al pudore può avvenire sotto due forme, l'una estetica ed è l'impudicizia, l'altra antiestetica ed è l'oscenità. Infatti l'oscenità, come abbiamo detto, non è soltanto rivelazione di fenomeni sessuali, ma rivelazione fatta con impudenza e soltanto per eccitamento dei sensi. L'oscenità quindi, se anche può arrecare un godimento sessuale, dà però contemporaneamente un tale senso di disgusto allo spirito, urta talmente il senso morale comune, che la risultante dell'impressione finisce coll'essere dolorosa per l'uomo normale.

La legge nostra, limitando la repressione penale alle opere oscene, ha quindi colpito soltanto le forme antiestetiche di offese al pudore, non ha colpito l'arte pura, ed ha risoluto nel miglior modo possibile il problema dei limiti della libertà artistica.

Nè l'esistenza di un tal limite, fondato sugli elementi obbiettivi del reato, è tale da impedire lo sviluppo ed il libero espandersi delle opere artistiche. La maggior parte delle opere, che dai sostenitori della più ampia libertà nell'arte si citano come offensive del pudore, non sono veramente oscene e sfuggono perciò alla repressione penale. Non è osceno il nudo per sè stesso, ed anzi talvolta il nudo nelle arti plastiche e nella pittura

può essere adoperato come simbolo di purità, di pudore. Neppure è oscena la descrizione e la riproduzione dei fenomeni che precedono o susseguono la soddisfazione della sensualità, sopratutto perchè, come le mostre del nudo, hanno carattere equivoco.

**71.** Ma se l'arte può già spaziare in un campo larghissimo quando si afferma che ha il diritto di « rappresentare tutto fino alle oscenità esclusive » (1), la libertà dell'arte diviene veramente completa allorquando si afferma che la repressione penale non deve intervenire se non quando l'autore dell'opera è animato dall'intenzione di offendere il pubblico pudore. Come l'intenzione scientifica, così l'intenzione artistica esclude l'intenzione di offendere il pubblico pudore. Non dobbiamo infatti dimenticare, che, se relativo e mutabile è il concetto dell'arte, anche il concetto del pubblico pudore è soggetto a continue trasformazioni non soltanto secondo le civiltà e le epoche, ma secondo i tempi ed i luoghi. Quei due termini variabili devono quindi essere considerati e paragonati soltanto in un determinato momento storico e presso una determinata civiltà, poichè allora soltanto è possibile stabilirne con precisione la natura, le finalità ed i rapporti. L'arte che deve esprimere ciò che in quel momento piace, non può mirare contemporaneamente od arrecare offesa al pudore, com'è inteso in quel momento, senza venir meno al suo scopo, senza produrre opera che non piacerà e non sarà perciò bella. Come per determinare il piacere, così per determinare il pudore, si deve insomma tener conto del concetto medio, normale che la società ne ha in un determinato momento. Come sarebbe contrario ad ogni canone estetico definire il bello, tenendo conto

(1) Nencioni, op. cit., pag. 92.

soltanto di ciò che piace all'uomo incolto del volgo, intento soltanto a cure materiali, così il pudore non si può definire soltanto in base al concetto che può averne un determinato individuo od una determinata classe sociale, « non deve cioè misurarsi, come bene diceva il Berenini (1), alla stregua della ipersensibilità specifica di un individuo o di una categoria di uomini, ma di quella sensibilità media e normale che ancora dà reazioni, perchè sopravvive alle immunizzazioni, che le consuetudini e l'evoluzione educativa e psicologica hanno indotto sull'epidermide morale di un popolo ».

Così si spiega come opere, che oggi consideriamo in gran parte, se non del tutto oscene, non fossero tali, quando furono create. L'artista non mirava ad offendere il pudore, com'era inteso nel momento in cui egli creava, dagli uomini sani e normali dei suoi tempi. Luciano poteva ben descrivere amori contro natura, quando i greci non li consideravano immorali, e uomini come Socrate, Alcibiade se ne vantavano pubblicamente. Il Boccaccio poteva ben narrare con semplicità e tono faceto, ma colla maggior sincerità di parola, avventure d'amore, e scendere anche a dettagli, in un'epoca in cui il costume non trovava nulla a ridire. E così alla corte di Leone X era possibile rappresentare le commedie del cardinal Bibbiena, contenenti scurrilità oggi intollerabili, ma che facevano sorridere gli eleganti prelati e le gentildonne del tempo. Soltanto tenendo conto dell'evoluzione progressiva del sentimento del pubblico pudore si spiega come abbia potuto sorgere l'arte verista, che in fondo sollevando certi veli, descrivendo le più luride sozzure, mira ad un altissimo intento morale, quello di additare al

---

(1) Arringa nel processo del Notari, op. cit., pag. 239.

mondo le più gravi piaghe sociali, i fattori della decadenza dei popoli. Emilio Zola poteva quindi ben con ragione lanciare nella prefazione alla seconda edizione dell'*Assomoir* ai critici la protesta di aver fatto un'opera morale. Forse sulla china del verismo l'arte andò troppo oltre ed oggi già si disegna all'orizzonte una nuova concezione del pudore nell'arte. Oggi la frase letterariamente elegante, l'idealità e la castigatezza della forma si adopera per velare con sapienti sottintesi la descrizione delle forme più svariate della sensualità. Ciò che oggi offende il pudore pubblico non è la cosa, ma il nome della cosa. Il romanzo e sopratutto il teatro contemporaneo (1) offrono esempi notevoli di quest'evoluzione del pudore pubblico.

L'artista col suo fine intuito non soltanto conosce queste continue evoluzioni, ma a sua volta le previene e contribuisce alle nuove concezioni del sentimento colle sue creazioni, che, mentre sono il prodotto dell'ambiente, reagiscono poi sull'ambiente stesso, contribuendo a modificarlo profondamente. Egli, mirando alla riproduzione del bello, non soltanto non ha l'intenzione impudica, che è necessaria per la sussistenza del reato, ma, come già lo scienziato, comunica all'opera intera l'impronta onesta, che lo anima. Quindi se anche nell'opera letteraria esiste qualche parola o frase od anche qualche descrizione o narrazione, che, staccata dal resto dell'opera, si dovrebbe considerare oscena, non si può tuttavia qualificare per tale l'opera intera, quando nel suo complesso non mira all'offesa al pudore. Come non si potrebbe

(1) Fra i romanzi son noti quello di Marcel Prevost: *Demi vierges*, e quello stesso del Notari: *Quelle signore*. Fra le commedie basterà citare le famose *Pillole d' Ercole, La dame de chez Maxime, Niente di dazio?*, ecc.

dir brutto un poema soltanto perchè contiene qualche verso meno bello, così anche oggettivamente l'opera d'arte non si può definire oscena soltanto per qualche parola o pagina oscena. Ma è l'elemento soggettivo sopratutto che in questi casi vale per distinguere l'opera artistica dalla pornografica. Mentre il pornografo rivela il suo scopo in ogni pagina, in ogni dettaglio, nella forma come nei pensieri, e soventi anche nelle illustrazioni dell'opera, l'artista ha sempre di mira l'altissimo scopo di esprimere il bello e le descrizioni sue del piacere sessuale non sono mai tali da provocare un senso di disgusto nell'uomo normale.

**72.** Pertanto gli argomenti addotti pro e contro la libertà dell'arte non sono poi così distanti, come potevasi ritenere in seguito ad un primo esame superficiale.

Hanno ragione i sostenitori dell'arte pudica di affermare che l'arte vera non può essere oscena, intendendo però l'oscenità nel suo preciso ristretto significato, ma hanno ragione sopratutto perchè, come proclamano i campioni della libertà artistica, l'arte è di sua natura purificatrice, perchè l'esistenza di un'intenzione artistica, se da una parte non è conciliabile con un'intenzione impudica, d'altra parte vale per eliminare o rendere innocue le pagine meno pudiche.

La legge nostra richiedendo sotto l'aspetto obbiettivo il requisito dell'oscenità e sotto l'aspetto soggettivo l'intenzione di offendere il pubblico pudore, ha conciliato i diritti amplissimi dell'arte coi diritti della società. L'opera oscena, eseguita nell'intento di offendere il pudore, non può pretendere di essere definita artistica, se anche del procedimento artistico conservasse gli elementi tecnici, poichè l'arte non sta tutta soltanto nella tecnica.

Dati questi criteri, non è difficile distinguere

praticamente l'opera d'arte dall'opera esclusivamente pornografica. Per la pittura, la scultura ed in generale per tutte quelle che più propriamente si denominano arti belle, già abbiamo osservato come il nudo sia a torto citato come esempio di offesa al pudore, poichè il nudo per sè stesso non è osceno, ma può divenirlo soltanto per la posa o l'atteggiamento delle figure. Ed è l'atteggiamento stesso che può rendere oscene anche rappresentazioni di figure interamente vestite. Il Chiarini (1) molto opportunamente citava come esempio dei limiti che non debbono essere oltrepassati dall'arte, il gruppo della capra e del satiro nel museo di Napoli.

Certamente statue o pitture di quel genere non possono essere esposte al pubblico senza offendere il pudore, ma devesi tuttavia permettere la loro riproduzione, la distribuzione ed anche l'offerta in vendita quando avvengano però soltanto per necessità di studi artistici. Ancorchè non si tratti di vere opere d'arte, può avvenire che all'artista interessino, per ragioni di studio, dettagli di fattura o di tecnica dell'opera. Sarebbe contrario alla libertà dell'arte e dello studio, impedire la diffusione tra artisti di tali opere, le quali negli studi artistici e nelle scuole d'arte potrebbero anche essere esposte liberamente, come liberamente in quei luoghi si permette la mostra di nudità reali. Se però l'esposizione o la riproduzione di opere oscene è fatta a scopo di lucro ed avviene la diffusione nel pubblico, non si può invocare certamente alcuna intenzione artistica ed il reato sussiste.

Può avvenire infine che il quadro, la fotografia, la statua, e del resto anche il libro, pur non essendo veramente osceni, riescano tuttavia a offendere il pudore per il soggetto raffigurato, e so-

(1) Op. cit., pag. 68.

pratutto per il luogo pubblico in cui sono esposti. Per tali casi può servire la disposizione dell'art. 64 della legge di pubblica sicurezza, che esamineremo in seguito.

Nei riguardi dell'arte letteraria occorre anzitutto distinguere le opere, che sono ormai giudicate dalla critica letteraria o considerate come i migliori prodotti dell'arte letteraria dei tempi passati, dalle opere che si vanno producendo oggi. Non si può infatti limitare in alcun modo la diffusione della opere di scrittori classici greci, latini, italiani o stranieri. Quelle opere, come abbiamo osservato, non erano offensive del pudore nei tempi in cui furono scritte, e se oggi, modificatosi quel sentimento, appaiono a noi oscene, non perciò abbiamo il diritto di sopprimerle. L'educazione della scuola e della famiglia può valere per impedire l'infiltrarsi della corruzione, che può nascere da quelle letture. Ma il codice penale non soltanto non può colpire gli autori, che sono ormai morti, e che, come giustamente notava il Chiarini, noi non possiamo fare che siano ciò che non furono; ma non deve neppur colpire coloro che riproducono e diffondono quelle opere, le quali appartengono ormai alla storia ed hanno un interesse non soltanto artistico, ma scientifico. Sono cioè un materiale di studio, che deve essere libero a tutti, poichè l'arte e la storia letteraria non si imparano soltanto nelle scuole, ma anche e sopratutto collo studio individuale.

Per le opere moderne non è certamente possibile dettare norme precise, le quali valgano a determinare con sicurezza assoluta l'esistenza di un intendimento artistico, escludente l'intenzione impudica. Non è possibile sopratutto per il variare continuo dell'intenzione artistica e del sentimento del pudore. Però di fronte ai casi pratici sarà facile stabilire se il libro debba ritenersi osceno. La pornografia si rivela in ogni pagina, in tutta la

tessitura, la forma adottata dall'autore. L'opera d'arte invece, se anche contiene qualche pagina oscena, rivela però il suo carattere così per le finalità che appaiono anche ad una semplice lettura, come sopratutto per la parte infima che l'osceno ha di fronte al valore artistico dell'opera. Questo criterio, suggerito già dal Viazzi (1), è certamente il più pratico e corrisponde ai concetti, qui sostenuti, sui limiti della libertà artistica.

Per il libraio o rivenditore dell'opera è pure ottimo criterio quello suggerito dal Viazzi (2) e cioè che si debba presumere la sua buona fede quando la copertina, il frontespizio, il titolo non denunzino apertamente, senza equivoco, il contenuto, osceno, nessun libraio essendo tenuto a leggere i libri che vende; e « che nell'ipotesi contraria si debba invece presumere il dolo perchè nessun intendimento d'arte o di scienza può giustificare l'oscenità nell'apparato esteriore dell'opera ». Sarà però sempre ammissibile la prova contraria, che potrà spingersi fino al diverso giudizio soggettivo dell'imputato sull'attitudine della cosa ad offendere il pubblico pudore (3).

**73.** Già abbiamo osservato come durante i lavori preparatori si accennasse ad un'antinomia tra l'articolo 64 della legge di pubblica sicurezza e l'art. 321 del progetto (attuale art. 339).

L'articolo 64 è così concepito: « Oltre a quanto è disposto dal codice penale, non possono esporsi alla pubblica vista figure o disegni offensivi della morale, del buon costume, della pubblica decenza e dei privati cittadini. Se chi li ha esposti rifiuta di toglierli, saranno levati dagli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza e trasmessi all'autorità giu-

(1) Op. cit., pag. 109.
(2) Op. cit., pag. 109.
(3) Viazzi, ivi.

diziaria per il procedimento. Il contravventore è punito coll'ammenda sino a lire cinqnanta ». Il commissario Curcio in seno alla Commissione di revisione (1), discutendosi sull'art. 321 del progetto, ravvisò una vera antinomia tra quest'articolo ed il riportato articolo 64 della legge di pubblica sicurezza e propose quindi di sopprimere l'articolo del codice penale od almeno di coordinarlo coll'art. 64. La proposta appoggiata anche dal Nocito fu però respinta a grande maggioranza. Si osservò dal relatore Lucchini che l'articolo del codice penale sarebbe rimasto monco qualora si fosse tolta l'ipotesi dell'esposizione, la sola contemplata già dall'articolo 64, e si aggiunse che in ogni caso era la legge di pubblica sicurezza che doveva essere cordinata col codice penale, non questo con quella. Quest'ultima osservazione fu appoggiata dai commissari Puccioni, Auriti e Brusa, i quali anzi enunciarono un loro criterio distintivo tra la contravvenzione ed il delitto. Affermarono cioè che per la sussistenza della prima basta il fatto materiale della esposizione di figure offensive e cioè atte ad offendere il pudore, mentre per la sussistenza del delitto occorrerebbe l'effettiva ed avvenuta offesa al pudore per mezzo degli oggetti esposti. In realtà però quest'ultima osservazione non è fondata. Già abbiamo dimostrato (2) come per la sussistenza del delitto non sia necessaria l'effettiva offesa al pudore, ma basti l'offesa potenziale, la quale corrisponde alla natura sociale del diritto offeso e sopratutto al carattere formale del reato.

Del resto venendo al caso speciale, l'esposizione al pubblico di un oggetto osceno, constatato tale dagli agenti di pubblica sicurezza, come vuole

(1) Verbale n. XXVIII, pag. 570 ed. uff.
(2) N. 52.

l'art. 64, ha già effettivamente arrecata un'offesa, non soltanto astratta ma concreta, al pudore, non soltanto pubblico, ma anche individuale. Far dipendere, come proponeva l'Auriti, l'esistenza della semplice contravvenzione, anzichè del delitto, dall'ora più o meno mattutina in cui avvenne la diffida da parte degli agenti, significherebbe introdurre nella legge penale sottigliezze, alle quali si ribella il buon senso. La semplice constatazione degli agenti dimostra come l'offesa siasi verificata, se non altro in persona degli agenti, i quali, osserva argutamente il Vicini (1) sono uomini anch'essi facienti parte del pubblico ed hanno un pubblico pudore. Nè si può trovare un criterio di distinzione limitando, come proponeva il Lucchini, il campo della contravvenzione alla semplice diffida o messa in mora. Il delitto è consumato col fatto dell'esposizione e la diffida non può valere per eliminarlo o ridurlo ad una semplice contravvenzione.

Pertanto per trovare un criterio di distinzione occorre anche qui, come già per gli art. 338 e 490 del codice penale, partire dai caratteri obbiettivi e subbiettivi che distinguono in generale le contravvenzioni dai delitti. Ed anzitutto sotto l'aspetto obbiettivo, mentre l'art. 338 mira ad impedire le offese ad un diritto sociale, quello del pubblico pudore, l'art. 64 ha una sfera di azione assai più larga e mira non soltanto ad impedire le offese al pudore, ma in genere le offese alla morale, al buon costume, alla pubblica decenza, e persino ai privati cittadini. La morale, la decenza sono fini assolutamente estranei all'art. 339, e lo stesso buon costume è termine di significato più largo del pudore. Quindi l'art. 64 della legge di pubblica sicurezza provvede convenientemente per i casi di

(1) Op. cit., n. 75.

offese alla decenza, alla morale ed anche al pudore commesse mediante esposizione di disegni, scritti od oggetti che a stretto rigore non si possano qualificare osceni. Se l'articolo 64 ha un più largo campo di applicazione quanto alla natura delle offese che mira a prevenire, ne ha poi uno più stretto quanto ai modi coi quali l'offesa alla morale, alla decenza od al buon costume può avvenire, perchè contempla la sola esposizione. Giustamente pertanto fu ritenuto che « non è contradditoria la sentenza che, mentre assolve dall'imputazione di offesa al pudore per vendita di cartoline oscene, osserva che sarebbe utile toglierle dalla pubblica esposizione, come è prescritto dall'art. 64 della legge di polizia » (1).

Ma, a parte gli elementi obbiettivi diversi, anche l'elemento intenzionale è diverso per i due reati. Per la sussistenza della contravvenzione basta aver voluto il fatto materiale dell'esposizione di figure o disegni offensivi della morale, della decenza o del buon costume, mentre invece per la sussistenza del delitto occorre, secondo la teorica enunciata, l'intenzione di offendere il pubblico pudore. Quando tale intenzione manca, o per la buona fede dell'espositore, che non conosce il carattere osceno del disegno esposto, oppure per negligenza dell'espositore stesso, che non si curò di osservare il disegno, o la figura, non si potrà applicare l'art. 339, ma sarà pur sempre applicabile l'art. 64 della legge di pubblica sicurezza, e quindi potranno gli agenti procedere alle prescritte diffide, e la disobbedienza alle diffide stesse darà luogo all'applicazione delle penalità stabilite dallo stesso articolo (2).

(1) Cass., 24 novembre 1902, *Giust. pen.*, IX, 631.

(2) La teorica qui sostenuta è sostanzialmente conforme a quella del Vicini (n. 76), eccettuato soltanto il

## § 4.

### *Penalità.*

SOMMARIO.



**74.** Il codice nostro ha punito colla reclusione sino a sei mesi e la multa da lire 50 a 1000 la semplice distribuzione, esposizione od offerta in vendita di oggetti osceni; e per l'aggravante del fine di lucro ha stabilito la pena della reclusione da tre mesi ad un anno e della multa da lire 100 a 2000.

Pene quasi eguali od anche inferiori comminano i codici belga (1), olandese (2), messicano (3), ungherese (4), austriaco (5). Già abbiamo segnalata la gravità delle pene comminate dal codice zurighese, che giunge fino alla casa di lavoro per dieci anni. Fu accusato il codice nostro di avere senza sufficiente fondamento fatto delle esposizioni e pubblicazioni oscene una figura di reato meno

---

diverso concetto del dolo. Il Pozzolini (pag. 146) ed il Carelli (pag. 445) limitano invece l'applicazione dell'articolo 64 alla facoltà degli agenti di far togliere gli oggetti offensivi della morale.

(1) Da otto giorni a sei mesi e ammenda da lire 26 a 500.

(2) Prigionìa non maggiore di tre mesi, o multa non maggiore di 300 fiorini.

(3) Otto giorni a sei mesi, e da 20 *pesos* a 250.

(4) Massimo di tre mesi di carcere e 100 fiorini di ammenda.

(5) Arresto da 8 giorni a 6 mesi, per stampa da 6 mesi a 2 anni.

grave dell'oltraggio al pudore con atti (1). Si osserva che « l'oltraggio al pudore a mezzo della stampa se, nella sua forma concreta, caso per caso, offende meno brutalmente il pudore delle persone di quello che non lo faccia un atto materiale, lascivo e turpe pubblicamente compiuto, ha però d'altra parte una forza di estensione e di diffondibilità e un grado di pericolosità ben maggiore » (2).

Ed effettivamente queste osservazioni sono fondate; ma se osserviamo che nella pratica il reato di pubblicazioni od esposizioni oscene si presenta quasi sempre sotto la sua forma più grave, quella del fine di lucro, per la quale soltanto possono aver valore le riportate considerazioni, la censura apparirà meno fondata, poichè la pena stabilita dal capoverso è di una gravità poco diversa da quella comminata dall'art. 338. D'altronde se è vero che il danno sociale arrecato dai due delitti è poco diverso, ed anzi la maggior diffondibilità del danno arrecato dalle pubblicazioni compensa in larga misura la minor intensità della lesione giuridica, certo è che diversa è la temibilità specifica dei due delinquenti. Colui che offende con atti il pubblico pudore è generalmente, come abbiamo osservato, un uomo sessualmente anormale, un uomo inadatto all'ambiente sociale, mentre invece l'autore di pubblicazioni od esposizioni oscene agisce generalmente per fine di lucro, e non presenta quindi alcun pervertimento sessuale, non rivela disorganizzazione del sentimento del pudore. Questa diversa temibilità specifica dei due delinquenti, se non giustifica coloro che vorrebbero far del reato di pubblicazioni od esposizioni oscene una

(1) Vicini, op. cit., n. 77.
(2) Escobedo, *Giust. pen.*, II, 1146.

semplice contravvenzione (1), vale però per giustificare una diversità di pena. D'altronde l'esempio della gran maggioranza dei codici stranieri, seguìto dal nostro, dimostra come su questo punto sia ormai universale il consenso dei popoli civili.

Con ragione però si deplora (2) che non sia stata introdotta nel codice l'aggravante del mezzo della stampa proposta dalla seconda commissione del 1869 e dal progetto Savelli del 1883. Già abbiamo osservato come poco apportunamente sia stato soppresso l'art. 17 della legge sulla stampa, che prevedeva l'ipotesi della semplice stampa di scritto osceno, che oggi può essere liberamente compiuta. Sarebbe stato almeno conforme ad una giusta applicazione della pena conservare un aggravamento per il delitto commesso col mezzo della stampa, che certamente produce un danno sociale ed una conseguente offesa al pubblico pudore assai più grave di quella prodotta dal semplice scritto.

Ad ogni modo nella latitudine della pena il giudice potrà tener conto della maggior gravità del reato commesso col mezzo della stampa.

**75.** Le legislazioni penali straniere contemporaneamente alla pena comminano quasi sempre il sequestro e la successiva confisca dei disegni, scritti od oggetti osceni. Per la confisca provvede il codice nostro coll'art. 36 capoverso, imponendo al giudice di ordinarla quando si tratti di cose la cui vendita costituisca reato, e tali sono certamente gli oggetti osceni.

Per il sequestro disponeva prima l'art. 58 dell'editto sulla stampa trattandosi di scritti o stampati contemplati dall'art. 17 dall'editto stesso e pel resto si applicavano le regole comuni del codice di pro-

(1) Pozzolini, op. cit., pag. 119 e 137; Carrara, § 2956.
(2) Vicini op. cit., n. 78.

cedura penale. Abolito per effetto della legge 28 giugno 1906 n. 278 il sequestro preventivo dei giornali, si mantenne però in vigore la facoltà di sequestro per gli stampati od oggetti osceni.

Il capoverso dell'art. 1 di detta legge è così formulato:

« È fatta eccezione al divieto del sequestro della edizione (*stabilito colla prima parte dell'articolo*) per gli stampati od oggetti che si riconoscessero offensivi del buon costume o del pudore, ai sensi degli art. 338 e 339 del cod. pen., nel qual caso entro il termine di ventiquattro ore si dovrà dal giudice istruttore o dal pubblico ministero promuovere procedimento penale per citazione direttissima ».

In verità se questo periodo si leggesse in una sentenza si affermerebbe senz'altro da qualcuno dei soliti annotatori che il magistrato estensore ignorava i principii più elementari del diritto e della procedura penale. Non rileviamo le imperfezioni di forma, alle quali il linguaggio legislativo ci ha ormai abituati, sebbene sarebbe istruttivo il conoscere che cosa siasi voluto intendere per sequestro della edizione, non soltanto per gli stampati, ma anche per gli *oggetti* offensivi del buon costume. Ma, venendo alla sostanza, la disposizione riportata cita senza alcuna ragione l'art. 338, il quale non potrà mai dar luogo a sequestro di stampati od oggetti, riferendosi soltanto all'oltraggio al pudore con atti.

Parla poi di offese al pudore ed al buon costume, mentre nell'art. 339 si accenna soltanto e deliberatamente all'offesa al pudore.

Inoltre confonde le funzioni del giudice istruttore con quelle del pubblico ministero, imponendo anche al primo il dovere di promuovere il procedimento, ed anzi proprio il procedimento per citazione direttissima, che è di speciale e spiccata competenza del pubblico ministero (art. 46 cod. proc. pen.).

Ma, a parte l'uso di inesatte od errate espressioni, il procedimento imposto non è neppure sempre praticamente attuabile e quando lo è, non riesce certo a vantaggio dell'imputato e della libertà della stampa, secondo lo scopo che si propose il legislatore. Il provvedimento per citazione direttissima suppone infatti un delitto flagrante, il cui autore possa essere tradotto immediatamente al cospetto del giudice e quindi si trovi di regola in istato d'arresto.

Nessuna di queste ipotesi si presenta generalmente nel caso di delitto di pubblicazioni od esposizioni oscene, eccettuata soltanto, ma non sempre, la flagranza. Occorrerà quasi sempre indagare per accertare il vero autore dello scritto ed occorrerà in ogni caso accertarne l'identità, e tutto ciò richiederà sicuramente tempo più lungo delle ventiquattro ore concesse dalla legge. Infine volendo applicare rigorosamente il procedimento per citazione direttissima, si dovrebbe ordinare l'arresto e la traduzione immediata dell'imputato avanti al tribunale. Il codice di procedura penale aveva appunto eccettuati i delitti politici, o commessi col mezzo della stampa, dall'uso della citazione direttissima, certamente preoccupandosi della necessità di violare in tali casi la libertà personale degli imputati. Oggi per tutelare meglio la libertà della stampa si finì coll'instaurare un procedimento che arreca grave offesa alla libertà personale e non garantisce le ragioni della giustizia. È da augurare pertanto che il buon senso della magistratura provveda ad impedire i danni che deriverebbero da un'applicazione letterale e rigorosa della legge.

CONTUZZI F. P. — *Danni di guerra* . . . . L. 1 —
— *Rottura di relazioni diplomatiche* . . . . » 1 —
— *Rottura cavi sottomarini* . . . . . . » 1 —
CRESPOLANI R. — *La Cassazione penale nell'ordinamento giudiziario e nella procedura* . . . . » 7 —
DE RUBEIS R. — *Denunzia* . . . . . . » 2 —
EMILIANI F. — *Dell'insolvenza in materia civile e commerciale* . . . . . . . . . . » 2 —
FANTI I. — *Autentiche* . . . . . . . . » 1 —
— *Autorizzazione* . . . . . . . . » 1 —
— *I defetarii* . . . . . . . . » 1 —
FOÀ F. — *Il contratto di riporto* . . . . . » 2 —
FORCESI G. G. — *Degradaz. e destituz. militare* . » 1 —
— *Feste da ballo* . . . . . . . . » 1 —
FORMENTANO A. — *Esecutore testamentario* . . » 2 —
GABRIELLI A. — *Diritto di ritenzione* . . . » 2 —
GALANTE A. — *Il Beneficio ecclesiastico* . . . » 2 —
GAMBIRASIO L. — *Scrittura* . . . . . . » 2 —
— *Sedizione* . . . . . . . . . » 2 —
GAROFALO R. — *La indennità alle vittime dei reati* . » 1 —
GIANNINI T. — *I contratti di associazione libraria* . » 1 —
GIANZANA P. — *Eredità* . . . . . . . » 2 —
— *Casellario giudiziale* . . . . . . . » 3 —
— *Le seconde nozze nella legislazione italiana* . . » 3 —
GUIDI G. — *Mestieri girovaghi* . . . . . . » 2 —
GUIDUGLI G. - *Inquisizione* . . . . . . » 2 —
INGROSSO G. — *Cumulo d'impieghi, di pensioni e d'assegni* . . . . . . . . . . . » 2 —
- *Giunta d'arbitri* . . . . . . . . » 3 —
LA CAVA G. — *Costruzioni sul suolo pubblico* . . » 2 —
— *Credito marittimo* . . . . . . . » 2 —
— *Il culto e i suoi elementi* . . . . . . » 2 —
LECCI A. — *Concetti giuridici e norme pratiche a proposito del contrabbando di guerra* . . . . » 1 —
LONGHI S. *La riprensione giudiziale e l'evoluzione delle pene morali* . . . . . . . . » 4 —
LUÈ G. B. — *Del protettorato internazionale* . . » 2 —
— *Azione popolare* . . . . . . . . » 4 —
MARINI A. — *Le case divise in piani* . . . . » 2 —
— *Mandato alle liti* . . . . . . . . » 2 —
MARONI C. — *Le fedi parrocchiali* . . . . . » 1 —
— *Fede e omaggio* . . . . . . . . » 1 —
MARRACINO A. — *Azione revocatoria o pauliana (diritto romano)* . . . . . . . . . . » 4 —
MESSA G. C. — *Dell'infamia secondo il diritto romano* » 1 —
— *L'ingenuitas nel diritto romano* . . . . . » 2 —
— *Institutiones* . . . . . . . . . » 2 —
— *La procedura romana degli « Interdicta »* . . » 2 —
MICELI V. — *Inchieste parlamentari* . . . . » 1 —
— *Le incompatibilità parlamentari* . . . . . » 1 —

...i giuridica della nozione d'incosti-
...tare . . . . . . . L. 1 -
... . . . . . . . » 2 -
...e collazione di atti ...fernali . . . » 4 -
... — Institore . . . . » 2 -
...ARTINI G. — Capitale . . . . » 1 -
...RESCO M. — I principii sostanziali del chiericato . » 2 -
(l'ordinazione) . . . . . . » 1 -
— La chiesa nei presupposti della sua evoluzione storico-giuridica . . . . . » 1 -
MORITTU V. E. — Esame a futura memoria . . » 2 -
NEPPI V. — Occupazione di suolo pubblico . . » 4 -
NICOLELLO E. — L'embargo nel diritto internazionale e nel diritto commerciale . . . . » 1 -
PAGANI C. — L'associazione in partecipazione . . » 1 -
PASSADORO E. — L'ordinamento economico e giuridico delle Società Cooperative . . . » 2 -
PATERNÒ CASTELLO DI BICOCCA. — Le oblazioni di beneficenza . . . . . . » 3 -
PERONACI E. — Della cauzione . . . . . » 4 -
PIPIA U. — Il nuovo codice di commercio germanico . » 2 -
PIROZZI D. — La rivocazione delle sentenze civili . » 1 -
RAFFAGLIO G. — Diritti promiscui, demanii comunali ed usi civici . . . . . . » 3
RAMELLA A. — La pubblicità nel moderno diritto . » 4 -
— Trattato della corrispondenza in materia penale . » 3 -
— Teoria della mediazione in materia civ. e comm. . » 3 -
RAVASIO G. — La forza pubblica e i suoi agenti . » 6 -
RECAGNI G. — Cancellazione di frasi ingiuriose . » 4 -
— La camorra . . . . . . . » 1 -
RICCA-BARBERIS M. — Funerali . . . . » 1 -
ROSMINI E. — Diritti d'autore sulle opere dell'ingegno, di scienza, letteratura ed arte . . . . » 4 -
SARFATTI M. — Captazione . . . . . » 6 -
SERRA A. — Mandato legislativo . . . . » 1 -
SICILIANO VILLANEUVA L. — Fondo pel culto . . » 2 -
— Diritto bizantino . . . . . . » 4 -
SUPINO M. — Il segretario comunale. Commento alla legge 7 maggio 1902. N. 144 . . . . . » 4 -
TUCCIO F. P. — Studi sulla dottrina degli incidenti nel diritto giudiziario civile italiano . . . » 3 -
URANGIA-TAZZOLI G. — Ripetizione d'indebito . . » 1 -
VEDANI A. — Due questioni sull'art. 107 cod. civ. . » 1 -
VISMARA A. Interdizione e inabilitazione . . » 1 -
» 2 -